

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C. – SALA CIVIL

Atn. Mag Ponente. Dr. **JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA**

E.

S.

D.

REF: Expediente 2018-506-01

PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE GERMAN TORRES IBAÑEZ Vs. AFIN S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, LEOPOLDO FORERO SAMPER Y LEOPOLDO FORERO POMBO

ROSA DELIA PARRA CARRILLO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con la C.C. No.52.029.363 de Bogotá, portadora de la T.P. No. 59.770 C.S.J., actuando en mi condición de apoderada de la parte demandante dentro del asunto de la referencia, por medio del presente escrito y encontrándome dentro de la oportunidad legal pertinente, procedo a **SUSTENTAR** el recurso de apelación, como a continuación.

ANTECEDENTES

Mediante fallo de primera instancia proferido por el señor Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., se niegan las pretensiones de la demanda.

Fundamenta el señor juzgador de primera instancia que deben negarse las pretensiones de la demanda por cuanto al hacer el estudio de los 3 elementos necesarios para que haya reparación del daño dentro de la responsabilidad civil contractual, no encuentra prueba alguna que permita demostrar la negligencia endilgada a los demandados en su calidad de profesionales y especializados como comisionistas de bolsa, que conduzcan a demostrar negligencia o daño alguno..

Anota que, frente a resoluciones allegadas de la Superintendencia Financiera, corresponden al resultado de visitas que se sustentaron en un examen eminentemente objetivo de la responsabilidad endilgada y no de carácter subjetivo como se exige para la responsabilidad civil contractual, pues cuando la superintendencia examina el comportamiento de los agentes y participantes intervinientes en el mercado no lo hace dentro de una concepción culpabilista, por lo que esas resoluciones se encuentran lejos de establecer la responsabilidad civil contractual averiguada, además que no hace relación alguna al señor Germán Torres (demandante).

En ese orden de ideas, la negligencia, representada en los deberes legales de los demandante, de obrar de manera cuidadosa, leal, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados

como comisionistas de bolsa, para impedir que fuesen quebrantados los derechos patrimoniales de los suscriptores del Fondo de Cartera Colectiva Escalonada Afin Factoring, para el señor juzgador de instancia, no fue demostrada y por ello, niega las pretensiones de la demanda.

ARGUMENTOS DE LA SUSTENTACION

La responsabilidad civil contractual, como esquema y perspectiva de estudio de la conducta de las partes dentro de un negocio jurídico, tiene unos elementos que deben ser probados con estrictez y precisión, que en el presente caso, contrario a lo manifestado por el juzgador, confluyen y por esta razón las pretensiones de la parte demandante deberán ser despachadas de manera positiva.

Desde tiempo atrás, la doctrina y la jurisprudencia nacional han sido recurrentes en sostener que, al momento de evaluar la conducta de un contratante para pretender una indemnización de perjuicios, deben concurrir ciertos elementos sin los cuales el pronunciamiento judicial necesariamente debe conducir a la falta de condena. Estos elementos no son caprichosos. Al contrario, son mandatorios y, en el marco de un proceso, la parte que pretenda la declaratoria de responsabilidad contractual deberá probar lícitamente cada uno de ellos con miras a obtener una sentencia favorable (Artículo 167 del CGP), lo cual en este caso ocurrió ampliamente.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, los elementos de la responsabilidad civil contractual son:

“(...) el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de marzo de 2015. Rad. SC7220-2015. M.P. Álvaro García Restrepo).

De manera ilustrativa, el Consejo de Estado también ha conceptualizado los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual así:

“Es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.”

Finalmente, en la misma línea de la jurisprudencia antes mencionada, la doctrina nacional ha previsto que: *“La responsabilidad contractual y la extracontractual suponen que exista un comportamiento activo u omisivo del demandado; que el demandante haya sufrido un perjuicio y que, finalmente, haya un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño. Son tan importantes estos tres elementos que con base en ellos algunos autores han pretendido unificar ambos órdenes de responsabilidad.”*.

Corolario de la anterior exposición de fuentes, se tiene que, para demostrar la configuración de responsabilidad contractual en cabeza de una de las partes negociales, debe probarse totalmente la existencia de los elementos resumidos a continuación, adicionando a los mismos la existencia de un contrato vinculante y válido entre las partes:

- La celebración de un pacto contractual y el incumplimiento de una o varias obligaciones contractuales por parte del deudor.
- Daño cierto y real causado al acreedor.
- Nexo de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor.

Por ello, y teniendo en cuenta que el objeto de la apelación es demostrar, que contrario a lo manifestado por el señor juez de primera instancia, si existen los elementos de la responsabilidad contractual, es menester, como parte de esta sustentación, entrar a demostrar cada uno de ellos, a saber:

1. La celebración de un pacto contractual y el incumplimiento de una o varias obligaciones

El señor Germán Torres Ibáñez se vinculó el día 8 de Enero del año 2014 a la Cartera Colectiva Escalonada Afín Factoring a través del título de participación No.113474 de Afín Factoring.

De ello dan cuenta el mencionado título de participación 113474 de la cartera colectiva Afín Factoring, allegado con la demanda, las múltiples certificaciones expedidas por la demandada y especialmente, la del 27 de marzo de 2018, allegada con la contestación de demanda, a través de la cual certifican que el Señor German Torres si es inversionista/adherente al vehiculo de inversión, portafolio Cartera Colectiva Afín Factoring.

Por ser de interés público la actividad de intermediación financiera debe realizarse por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996) altas y especiales cargas o cumplimiento de estándares de seguridad, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad.

Fue allegado como prueba documental y da cuenta de la forma como debía operar el fondo de cartera, y que por ende, son obligaciones contractuales, el reglamento de cartera, al cual me referiré a continuación y el cual no se tuvo en cuenta por el señor juez de primera instancia.

- Reglamento de cartera colectiva escalonada Afin, que dentro del marco legal al que pertenecen las entidades comisionistas de bolsa, establece que la estrategia de inversión debe ser generada por los analistas administradores del portafolio (Afin Fatoring) y el comité de inversiones (del cual formaban parte los demandados Leopoldo Forero Samper y Leopoldo Forero Pombo), quienes tenían la obligación de analizar los documentos objeto de inversión, analizando las condiciones fundamentales de valor y el mercado y sus aspectos operacionales y financieros de cada emisor, así como el análisis de las circunstancias macroeconómicas y análisis conceptos y decisiones emitidos por el comité de riesgos.

Esta obligación, fue incumplida, de acuerdo con la situación objetiva que se plantea en las resoluciones de la Superintendencia Solidaria que lamentablemente ni siquiera revisó el fallador de primera instancia, en la que se establece que una de las cooperativas que vendía sus libranzas a Afin, no tenía facultad para ello.

- Se establece en ese mismo documento que ese comité debía verificar que la cartera colectiva se encuentre libre de gravámenes, que los títulos sean reales y cuenten con sus respectivos pagarés y carta de instrucciones, así como deben constituirse reservas el comité lo podrá ser podrá cambiar estas estas condiciones pero deberá constituir garantías o determinarlo en un comité.

En las resoluciones de la Superintendencia Financiera se hace mención a pagarés sin garantías y muchos de ellos irrecuperables para el fondo de inversión.

- En ese documento se establece que el fondo de inversión en la gestión de los recursos adquiere una obligación de medio y que responderá como un profesional prudente y diligente, que para ello cuenta con una junta directiva, un gerente y un comité de análisis de inversiones encargados de manejar el fondo y en fijar las directrices de la inversión.

A este respecto, cabe aclarar que el inversionista entrega sus recursos a un profesional capacitado y legalmente habilitado para ejercer su labor, independientemente del grado de riesgo, pero esa obligación que en un comienzo era de medio, se rompe cuando se avisa como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que definitivamente no se actuó ni prudente ni diligentemente y el riesgo definitivamente se agrava cuando no se verifican las inversiones ni el cumplimiento de las condiciones legales para hacerlo, de ello, da cuenta el mismo dictamen allegado por la parte demandada en el que se incluyen títulos incobrables, los pertenecientes a una cartera que no podía expedir

libranzas, entre otros, que unido a las Resoluciones de la Superintendencia Financiera, demuestran la grave negligencia y falta de profesionalismo de la administradora del fondo de cartera y de sus miembros de junta directiva y comité de inversiones.

Así las cosas, el inversionista, que en este caso es el demandante, señor Germán Torres Ibáñez, entrega sus recursos a la entidad financiera para ser invertidos en un negocio de alto riesgo, pero el riesgo que asume no es la falta de verificación de los títulos, la ilegalidad de los mismos ni el que se conviertan en asesores del emisor para cobrar comisiones más allá de las pactadas.

En ese momento, la entidad habilitada para administrar el Fondo de Cartera deja su profesionalismo y obra de manera negligente, análisis que documentado en una responsabilidad objetiva, definitivamente y analizando el contexto, ha de llevar a concluir que subjetivamente está demostrada la negligencia de la parte pasiva, que no vislumbro el señor juez de primera instancia.

Con la documental que obra en el expediente y en la cual se verifica que el señor Germán Torres se vinculó al Fondo de cartera, el reglamento de cartera sometido a la disposición legal que rige a la actividad que presta este tipo de servicio y sus administradores, así como con las resoluciones expedidas por la Superintendencia Financiera y la superintendencia Solidaria que obran en el expediente, se demuestra no solamente la existencia de un vínculo contractual sino el incumplimiento, por negligencia y falta de profesionalismo de la entidad y de sus administradores, que a su vez eran miembros de la junta directiva y del comité de inversiones.

2. Daño cierto y real causado al acreedor

Establecido que el señor Germán Torres Ibáñez estaba vinculado al fondo de cartera colectiva Afin Factoring durante el año 2014 y que varias obligaciones contractuales y legales fueron incumplidas por la entidad, debe seguirse con el estudio del siguiente elemento.

La existencia de un daño indemnizable por parte de la parte demandada implica la configuración de una lesión al patrimonio de la parte demandante que sea cierta y directamente causada por un hecho culposo atribuible a la demandada.

En efecto, el derecho nacional es claro en punto a la necesidad de demostrar, por parte del reclamante de la indemnización, que los rubros contenidos en su pretensión indemnizatoria a título de daño gozan del doble atributo de (i) ser ciertos, no meramente hipotéticos o eventuales, y (ii) de tener su causa

raíz en un incumplimiento culposo del demandado a las prestaciones adquiridas bajo el contrato.

Por otra parte, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que [el daño] sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC20448-2017 del 7 de diciembre de 2017).

Para tales efectos, es menester volver nuevamente a analizar las Resoluciones de la Superintendencia Financiera, principalmente la de Afin Factoring S.A., pues se reitera en las otras la misma, y de allí determinar el perjuicio causado al Fondo de Cartera, dal cual se encontraba vinculado el señor germán Torres Ibáñez, por la acttitud negligente de los demandados, por lo cual, tenemos:

Al respecto, me permto cortar y copiar partes de la mencionada resolución:

También se evidencia la posible desatención de deberes legales y contractuales por parte de Afin, en tanto del material probatorio recaudado puede advertirse que entre el mes de julio y el 10 de noviembre de 2014, habría seguido realizando operaciones de compra de cartera al descuento por un valor de \$6.790.480.708, al tiempo que contaba con un disponible en caja aproximado de \$2.000.000.000. Por el contrario, el valor de las redenciones al 14 de octubre de 2014 sólo ascendió a \$6.087.052.797.

Lo anterior significa en principio, que a pesar de los requerimientos de liquidez de Afin Factoring se decidió la realización de nuevas inversiones que restaban recursos para haber atendido las solicitudes de los inversionistas

Por lo tanto, en el presente caso, al continuar realizando nuevas inversiones pese a los requerimientos de liquidez y al aumento de las redenciones, se puso en riesgo la continuidad de la operación, lo que a la postre conllevó a la liquidación anticipada del FIC²⁷. Bajo el anterior contexto, las aludidas circunstancias ajenas a las cuales hace referencia el escrito de explicaciones en torno a los incumplimientos de la Cooperativa Habitat, una de las principales proveedoras de la cartera colectiva, no pueden ser de recibo, pues como quedó explicado constituía un deber de la sociedad administradora evitar situaciones riesgosas y adoptar medidas preventivas o correctivas, en desarrollo del deber de profesionalidad en procura de los intereses de los inversionistas.

Lo anterior cobra aún mayor relevancia si se tiene en cuenta que se pudo comprobar por parte de la SFC que desde el mes de mayo de 2014 Afin S.A. en su calidad de sociedad administradora del vehículo de inversión tuvo conocimiento de la situación deficitaria financiera de la Cooperativa Hábitat, sin que dicha circunstancia fuera óbice para que se continuara adquiriendo cartera en directo perjuicio del buen funcionamiento de Afin Factoring, con cuya actuación se pretermitió el deber consagrado en el artículo 3.1.1.1.8 del Decreto 2555 de 2010, vigente para la época de los hechos.

Por lo tanto, no se trató de una situación que estuviera fuera del control de Afin o que surgiera de manera intempestiva como lo afirma la sociedad investigada, sino por el contrario, los problemas de liquidez de la Cooperativa Hábitat fueron conocidos por Afin S.A. inclusive desde el año 2013, lo cual demuestra que contrario a lo que aduce la defensa, no hubo un adecuado control del riesgo de liquidez, y en efecto corroboran la falta de profesionalismo y compromiso por parte de Afin S.A. para velar por los intereses de los inversionistas que habrían confiado el cuidado de sus recursos en razón precisamente a la garantía de ser una entidad vigilada, debidamente autorizada para realizar la actividad inherente a su naturaleza.

Por las razones expuestas, el riesgo de liquidez al que se vio abocado el FIC Afin Factoring surgió de manera directa por la falta de debido control y previsión de la sociedad administradora que a pesar de conocer los vencimientos o redenciones de participaciones para los meses de noviembre y diciembre de 2014 continuó ejecutando operaciones de inversión, incumpliendo sus deberes profesionales como concededor del negocio.

No está demás mencionar que con base en información suministrada por Afin S.A. a la SFC³⁷, con corte al mes de junio de 2014, se pudo establecer que la cooperativa Hábitat presentaba un patrimonio total de \$2.429.896.036.96 frente a un cúmulo de operaciones realizadas a mayo 12 de 2014 por valor de \$11.629.640.762, lo cual indica con meridiana claridad el desfase existente entre los dos valores descritos que demuestran nuevamente las falencias en los deberes que como administrador se le endilgan a la comisionista, al no adoptar las medias prudenciales tendientes a corregir el curso de la cartera colectiva Afin Factoring, entre otras razones, por cuanto al ser endosados los títulos con responsabilidad el patrimonio de la cooperativa constituía principal garantía para el vehículo de inversión. Así, no entiende el Despacho como puede considerarse razonable y tener la convicción racional de que las decisiones de inversión que se aumentaron resultaban para el mejor interés de la sociedad.

En efecto, el Gerente y Presidente del Consejo de Administración de Hábitat el 11 de junio de 2014, informó lo siguiente: ⁴² "(...) no es desconocido por ustedes que en la actualidad son la única entidad fondeadora de recursos mediante la compra y venta de la cartera, situación que se ha mantenido por un espacio cercano a un año (...) estamos trabajando fuertemente en la consecución de un músculo financiero (...) que nos permita volver a situar cartera en la medida en que la Cooperativa atraviesa transitoriamente por dificultades financieras."

Afin S.A. como administrador del FIC de manera inexplicable continuó adquiriendo cartera de la Cooperativa Hábitat, sin adoptar medidas correctivas en orden a velar por la normal y adecuada continuidad del fondo, en cumplimiento de sus deberes como profesional autorizado para la administración del mismo.

En consecuencia, el analizado argumento según el cual el aumento de los retiros y redenciones del fondo para el segundo semestre de 2014 habría sido el elemento esencial que habría conllevado la liquidación del FIC, no desvirtúan los cargos endilgados, más aún cuando parte de dichos retiros fueron debidamente conocidos por Afin cuando las participaciones de altos funcionarios de Afin S.A. y algunos de sus familiares, así como las de la misma comisionista, habrían sido negociadas de manera anticipada en el mercado secundario, contribuyendo a la situación supuestamente inusitada de riesgo de liquidez bajo la cual se pretende explicar los resultados de liquidación de la cartera colectiva, por todos conocidos.

Por lo tanto, el argumento expuesto no concuerda con la realidad fáctica en la forma como se desarrollaron los hechos, más aún, cuando desde el mes de mayo de 2014, no se realizaron cambios o reemplazos de cartera, y al haberse presentado dicha novedad, de acuerdo con lo expuesto por el Presidente de Afin S.A., los originadores o intermediarios continuaron con el pago de los títulos razón por la cual no se castigaba la cartera, presentando en consecuencia una realidad distorsionada del portafolio a esta Superintendencia, a los inversionistas y al mercado en general.

"Presunto incumplimiento de los artículos 3.1.1.1.4, 3.1.1.1.7, 3.1.6.1.2 y 3.1.9.1.2 del Decreto 2555 de 2010, lo que implicaría la incursión de la investigada en la infracción descrita en el literal f) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005¹².

mediante comunicación 2014104403-010 del 20 de noviembre de 2014, firmada por el gerente de la llamada asesoría por estructuración de negocios brindada a las cooperativas o intermediarios que venden al descuento títulos de contenido crediticio para el portafolio de Afin Factoring, señalando lo siguiente:

*"(h)a sido una relación verbal por la autonomía de las partes por lo cual no existe contrato escrito por el concepto de asesoría con la cooperativa Hábitat.
Para la determinación del cobro por asesoría en el mercado de capitales, comisiones y honorarios, Afin S.A. Comisionista de Bolsa a todos y cada uno de los proveedores de activos analiza el negocio de estructuración de venta de cartera con base en la factura se registra en la cuenta 41252502 "Asesoría en el mercado de capitales"-
Se remite como adjunto en medio magnético las copias de las facturas como soporte del cobro de dicha asesoría para los últimos seis meses.
Se anexa listado de ingresos durante el año 2014 recibidos por concepto de asesorías."*

Literal f) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005.

"Artículo 50. Infracciones. Se consideran infracciones las siguientes: ... f) Incumplir las disposiciones sobre conflictos de interés; incumplir los deberes profesionales que les correspondan a quienes participen en el mercado en cualquiera de sus actividades; incumplir los deberes o las obligaciones frente al mercado, respecto de los accionistas de sociedades inscritas, incluidos los minoritarios, o respecto de los inversionistas; incumplir los deberes o las obligaciones que impongan la ley o las normas que la desarrollen o complementen, frente a quienes confieran encargos a intermediarios de valores o frente a aquellos en cuyo nombre se administren valores o fondos de valores, fondos de inversión, fondos mutuos de inversión."

Normas presuntamente vulneradas¹⁹
Decreto 2555 de 2010:

Artículo 3.1.1.1.4.- "Prevalencia de los intereses de los inversionistas. Las sociedades administradoras deberán administrar las carteras colectivas dando prevalencia a los intereses de los inversionistas sobre cualquier otro interés, incluyendo los de la sociedad administradora; sus accionistas; sus administradores; sus funcionarios; sus filiales o subsidiarias, su matriz o las filiales o subsidiarias de esta."

Artículo 3.1.1.1.7.- "Mejor ejecución del encargo. La sociedad administradora deberá gestionar la cartera colectiva en las mejores condiciones posibles para los adherentes, teniendo en cuenta las características de las operaciones a ejecutar, la situación del mercado al momento de la ejecución los costos asociados, la oportunidad de mejorar el precio y demás factores relevantes.

Para los efectos de esta Parte se entiende que la sociedad administradora logra la mejor ejecución de una operación cuando obra con el cuidado necesario para propender porque el precio y las demás condiciones de la operación correspondan a las mejores condiciones disponibles en el mercado al momento de la negociación, teniendo en cuenta la clase, el valor y el tamaño de la operación."

Artículo 3.1.6.1.2.- Remuneración de la sociedad administradora. La sociedad administradora percibirá como único beneficio por su gestión de administración de la cartera colectiva, la remuneración que se establezca en el respectivo reglamento. Dicha remuneración deberá establecerse de forma previa y fija de tal manera que su determinación no varíe según el criterio de la sociedad administradora y se causará con la misma periodicidad que la establecida para la valoración de la cartera colectiva.

El reglamento establecerá la forma de remuneración de la sociedad administradora, incluyendo la posibilidad de que esta se defina como un porcentaje calculado sobre los rendimientos del portafolio de la cartera colectiva.

Artículo 3.1.9.1.2.- "Obligaciones de la sociedad administradora. La sociedad administradora deberá cumplir las siguientes obligaciones:

...

2. Consagrar su actividad de administración exclusivamente en favor de los intereses de los inversionistas o de los beneficiarios designados por ellos."

Concepto de violación

En efecto, tal como se desprende del material probatorio recaudado por la comisión de visita, Afin estaría percibiendo de los intermediarios u originadores un beneficio adicional por la canalización de los recursos hacia la compraventa de cartera de pagarés, pues presuntamente realizaba operaciones de descuento con utilidades que oscilaban entre el 17% y 22%, mientras que al vehículo de inversión ingresaban al parecer al 11%, es decir, el fondo en principio dejaba de percibir utilidades entre el 6% y el 9% adicionales.

Precisamente, como administrador profesional Afin tiene el deber de procurar la mayor rentabilidad para sus clientes en forma única y exclusiva, sin que le sea dable obtener beneficios o utilidades adicionales que provengan del cumplimiento de sus funciones profesionales, pues se supondría que el pago por la selección de activos o inversiones estaría cubierto con la remuneración de que trata el artículo 3.1.6.1.2 del DU vigente para la época de los hechos.

afirmación no coincide con lo ocurrido en la práctica. Al respecto debe tenerse en cuenta que el mismo Presidente de Afin S.A. en declaración rendida a la SFC sobre la forma como se determinaba la aludida tasa de descuento o compra de cartera con las cooperativas, respondió: "(...) una compra para la cartera al 11% y hay una asesoría en estructuración de sus negocios y operaciones en el mercado de capitales a los originadores que cobra Afin a los originadores. La forma de determinarlo con cada originador es diferente."⁴⁹

Para el Despacho, la aludida "asesoría" en estructuración de los negocios y operaciones con los originadores, contrario a lo que sostiene la defensa, si estaba relacionada con las inversiones realizadas por los vehículos de inversión administrados. En efecto, percibía una ganancia adicional a la acordada en el reglamento de la respectiva cartera colectiva por parte de los originadores a los cuales al mismo tiempo adquiría cartera al descuento con los dineros aportados por los adherentes a los vehículos de inversión, en clara contradicción con los lineamientos establecidos legalmente.

Al abordar el tema sobre la forma como se determina la tasa de descuento por la compra de la cartera por parte de la cartera colectiva Afin Factoring, se pudo establecer la existencia de un rubro a favor de Afin S.A. por concepto de "Asesoría en estructuración de los negocios y operaciones en el mercado de capitales" que cobraba la sociedad administradora a los originadores con los que realizaba las negociaciones de compra de cartera, entre ellos, la Cooperativa Habitat, entidad a la cual se le continuó adquiriendo cartera a pesar de las circunstancias de iliquidez ampliamente comentadas para el primer cargo.

Tal como quedó señalado en el pliego de cargos, con la actuación descrita Afin S.A. se apartó del deber de administrar los vehículos de inversión a favor de los intereses de los inversionistas de manera exclusiva, por cuanto tal como se desprende de los soportes anexos a las facturas de compra se evidenciaron dos tasas diferentes de descuento con utilidades que oscilaban entre el 17 y 22%, mientras que a la cartera ingresaba 11%, dejando de percibir utilidades entre el 6% y 9%, donde se demuestra lo afirmado por el Presidente de Afin S.A. en la declaración rendida a la SFC.⁵⁰

De esta manera Afin S.A. en calidad de administrador desatendió el principio de prevalencia de los derechos de los inversionistas y mejor ejecución del encargo, ya que las condiciones de las operaciones de inversión o compra al descuento no fueron las mejores en razón a que el retorno económico para los inversionistas podría haber sido mejor.

A partir de lo anterior, se observa un claro incumplimiento de los deberes frente a los inversionistas que le encomendaron la gestión de la cartera colectiva ante la doble condición de Afin S.A. como administrador en el cual decidía las cooperativas en las que invertía los dineros del fondo para constituir el portafolio, y al mismo tiempo como asesor de dichos agentes cooperativos en la forma de estructurar sus negocios, con lo cual, contrario a lo que sostiene la defensa, si estaría obrando en interés propio y no a favor de los inversionistas.

En efecto, de conformidad con el material y documentación recaudados, según la factura No. 0935 del 9 de agosto de 2014 por un valor de \$17.064.855 adquirida a la Cooperativa Hábitat bajo la denominación "comercialización de carteras", se evidenció un valor correspondiente a "asesoría" que cobró Afin S.A. para su propio beneficio en un porcentaje del 7% de la tasa de descuento. Es decir, sobre el porcentaje de compra a Hábitat a una tasa del 18%, le trasladaron únicamente el 11% a la cartera colectiva Afin Factoring, dejando la misma de percibir la totalidad de la tasa de descuento negociada con los dineros del vehículo de inversión.

De igual manera, con la actuación negligente y poco profesional de la Sociedad Administradora faltó a los deberes consagrados en los artículos 3.1.1.1.2 (*profesionalismo*), 3.1.1.1.4 (*prevalencia de los intereses de los inversionistas*), 3.1.1.1.7 (*mejor ejecución del encargo*), 3.1.1.1.8 (*preservación del buen funcionamiento del FIC*), 3.1.6.1.2 (*remuneración de la sociedad administradora*) y numeral 2 del artículo 3.1.9.1.2 del Decreto 2555 de 2010 (*consagrar su actividad exclusivamente a favor de los intereses de los inversionistas*).

h) *El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes;*

Tal como quedó demostrado en el desarrollo de la actuación administrativa, con la actuación de la Sociedad Administrativa al no haber sido cuidadosa en la programación del vencimiento de las inversiones respecto del vencimiento de las participaciones, la ausencia de desplegar mecanismos o procedimientos tendientes a atender con normalidad los compromisos para con sus inversionistas y que la realización de las nuevas inversiones estuvieran acorde con las exigencias adquiridas en el reglamento del FIC y el hecho de haber sacado provecho económico para la sociedad valiéndose de la calidad de administrador como producto del contrato de asesoría celebrado con los originadores de la cartera adquirida para el FIC Afin Factoring, queda demostrada la falta de prudencia y diligencia de Afin S.A. y se configura el criterio en cuestión.

Así las cosas, las Resoluciones son claras en el daño que se causó por la negligencia y falta de profesionalismo, que fue declarada por la entidad reguladora de las entidades financieras y que se traduce, entre otras en:

- Invertir y comprar libranzas de entidades sin liquidez o sin autorización para expedir y negociar libranzas
- Realizar descuentos a la cartera por estructuración de negocios, quedándose con comisiones entre el 6 y el 9%
- No verificar pagarés ni autorizaciones para llenarlos.

Todo lo anterior consta en las resoluciones de la Superintendencia Financiera, las Resoluciones de la Superintendencia de Economía Solidaria, respecto de las Cooperativas Habitab y su solución y en las diferentes comunicaciones que se allegaron con la demanda y su contestación, que obran en el expediente y que no fueron tenidas en cuenta, al considerar que no permitían inferir una calificación subjetiva.

Ahora bien, ese impacto negativo, va a todos los inversionistas del Fondo de cartera colectiva y para el caso que nos ocupa, al demandante, señor Germán Torres, en las condiciones citadas en la demanda y en el dictámen pericial allegado.

Para ello, obran además en el expediente:

- Copia de derecho de petición de fecha 2 de febrero de 2015, dirigido a la Superintendencia Financiera, radicado 2014114579-008-000, mediante el cual el inversionista/adherente al vehículo de inversión, denuncia a la Superfinanciera y adjunta la documentación que soporta la denuncia y les detalla mediante RESUMEN OPERACIONAL Y RESUMEN ARITMETICO las inconsistencias encontradas en el manejo del Fondo de Cartera Colectiva, pues Afin

S.A. se encontraba cobrando la comisión o beneficio adicional que estaba percibiendo de los intermediarios u originadores de los títulos valores que les compraba por la canalización de los recursos hacia la compraventa de cartera de pagarés, pues presuntamente realizaba operaciones de descuento con utilidades que oscilaban entre el 17 y 22% mientras que al vehículo de inversión ingresaban al parecer el 11%, es decir el fondo en principio dejaba de percibir entre el 6 y el 9% adicionales, esto es que la totalidad de los beneficios económicos o retornos no estarían siendo percibidos por el colectivo que era quien aportaba la totalidad de los recursos para la realización de las inversiones. Afin estaba obrando en interés propio y no a favor de los inversionistas, en clara contradicción con los lineamientos establecidos legalmente y el Reglamento propio del FIC Afin Factoring..

- Copia respuesta Superintendencia Financiera de Fecha 21 de diciembre de 2015 en 3 folios, radicado 2015119406-004-000 dirigida a Germán Torres Ibáñez, que aunque no es nombrado en la resolución como manifiesta el señor juez de primera instancia, si denunció y suministró información a la Superintendencia Financiera por su vinculación al Fondo de cartera.

- Comunicación dirigida al Sr Leopoldo Forero Pombo Representante Legal de Afin, por medio de la cual la Superintendencia Financiera le da traslado de la queja formulada por el Sr. German Torres Ibáñez, en calidad de inversionista, dentro de la cual es importante tener en cuenta, tomado literalmente del documento:

“Numeral 12 Posible vulneración a la normatividad que regula los Fondos de Inversión colectiva, en especial la gestión de riesgo y el reglamento del FIC.

De otra parte, observa esta Superintendencia que el Sr. German Torres ha venido manifestando su inconformidad por el manejo dado por Afin S.A. Comisionista de Bolsa al FIC a través de las comunicaciones Nos. 2014114579-000 del 15 de Diciembre de 2014, 2015008877-000 del 2 de febrero , 2015038850-000 del 22 de Abril, 2015052665-000 del 28 de Mayo, todas del 2015, cuyos principales argumentos se resumen en los siguientes términos:

2014114579: Cuestiona la gestión de Afin S.A. y expone un mayor cobro de la comisión de administración del FIC al establecido en el Reglamento. Afin S.A. en la comunicación de respuesta suministro los estados financieros y aceptaron el pago por parte de los vendedores de los títulos.

2015998877. Solicita envío de información puntual

2015038850. Da a conocer diferencias presentadas en los extractos suministrados por Afin S.A.”

- Copia acta de asamblea de inversionistas de Afin Factoring de fecha 9 de diciembre de 2014 en 14 folios, en la cual consta que el señor Germán Torres estaba vinculado al Fondo de cartera Colectiva y manifiesta las irregularidades y perjuicios.

Así las cosas, hay suficiente material probatorio para demostrar que el comportamiento poco profesional de las demandadas causó daño al Fondo de cartera y al demandante en la proporción de su participación, como se ha venido reclamando.

La liquidación del fondo a la que llevó la negligencia declarada de los demandados, definitivamente causó un perjuicio económico al demandante, quien durante el año 2014 había invertido y comprado participaciones en la cartera por la suma de \$ 636.519.755,46 según consta en comunicación que en Abril 17 de 2018, le dirigió la empresa Afin S.A. Comisionista de Bolsa.

En el momento en que se aprueba la liquidación del fondo de inversión (Asamblea de diciembre 9 de 2014), mi mandante tenía como saldo de sus inversiones pendiente de retirar la suma de \$324.699.554,17.

Desde esa fecha, empieza a recibir pagos parciales, que como consta en comunicaciones de Afin, se pagaron de la siguiente manera:

Febrero 13/2015	\$40.894.621,39
Febrero 27/2015	\$22.020.180,75
Mayo 4/2015	\$21.233.745,72
Julio 1/2015	\$21.233.745,72
Septiembre 2/2015	\$20.054.093,18
Noviembre 3/2015	\$41.681.056,41
Enero 12/2016	\$26.266.929,89
Marzo 17/2016	\$34.603.141,17
Junio 30 /2016	\$7.942.993,77
Octubre 6/2016	\$13.369.395,45
Febrero 15/2017	\$7.864.350,27
Diciembre 14 /2017	\$7.864.350,27

Es decir que el capital que se había entregado completo, no se recupera a la fecha en su totalidad y se somete al pago de cuotas por el término de cuatro (4) años, perdiendo su poder adquisitivo.

Esto, sin que sea óbice, para también tener en cuenta que durante la vigencia y pago al Fondo, se descontaron por parte de las demandadas sumas de dinero adicionales, que no estaban incluidas en el contrato y que constituyen una vulneración a la legislación para las entidades comisionistas de bolsa, como aparece en la resolución, que no entraron al fondo y por ende a sus vinculados.

Así las cosas, de acuerdo con todo el acervo probatorio, emerge con toda claridad que la Demandante sufrió daño cierto y directo y que el daño emergente está probado en la documental y el lucro cesante por el no pago de los dineros causados y/o el cobro de indebido de dineros del fondo, amén de la inversión de manera irresponsable y en contravía de lo establecido en los reglamentos y en la ley.

3. Nexa de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor.

El nexa de causalidad hace referencia a que debe existir una relación directa, de correlatividad y causa-efecto entre el daño que se reputa haber causado y el hecho culposo en virtud del cual en teoría se causó. Resulta en una relación estrecha e inescindible que obedece a la necesidad de una causa única y exclusiva en a la cual se imputa el daño del cual se pide reparación.

En el caso que nos convoca y, como viene de referirse en las anteriores consideraciones, tenemos una conducta contractual negligente y poco profesional, de la cual se desprender incumplimiento imputable a los demandados, así como el daño cierto y real que haya sido acreditado en el curso del presente proceso; consecuentemente, el vínculo entre estos dos elementos, es pleno e irrefutable.

De lo anterior no puede desprenderse una conclusión distinta a que los demandados están llamados a reparar los daños pretendidos por la Demandante al cumplirse en su totalidad los elementos necesarios para declarar su responsabilidad.

En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación y solicito revocar el fallo de primera instancia.

Con el respeto acostumbrado,



ROSA D. PARRA CARRILLO
C.C. No. 52.029.363 de Bogotá
T.P. No. 59.770 del C.S.J.



WILCHES ABOGADOS

H. Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala Civil
M.P. Dra. Clara Inés Márquez Bulla

1

Radicación: 2018-00494-02
Demandante: Compañía Mundial de Seguros S.A.
Demandado: CEOGAS Energía S.A.S. ESP y Gas Natural S.A. ESP.

SIGIFREDO WILCHES BORNACELLI, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía número 72.205.760 de Barranquilla y Tarjeta profesional 100155 del Consejo Superior de la Judicatura, reconocido como apoderado especial de **CEOGAS ENERGÍA S.A.S. E.S.P.**, de manera respetuosa me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la sentencia del 5 de abril de 2021 proferida por el Juzgado 36 civil del circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

1) NO SE DEMOSTRÓ LA RETICENCIA Y POR LO TANTO, NO ERA PROCEDENTE LA DECLARATORIA DE NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1058 del Código de Comercio colombiano reza entre sus apartes lo siguiente:

“DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador...

...Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo...” (Las subrayas son nuestras).

Como se puede apreciar y en primera medida, para que pueda decretarse la reticencia, el tomador debe haber incurrido en ella dentro del cuestionario propuesto, pero como no existe tal documento (como lo señaló el representante legal de la aseguradora en el interrogatorio efectuado y la testigo Angela Munar durante su declaración), la parte actora debió haber demostrado la culpa del tomador, situación que en el caso que nos ocupa no ocurrió.



Nada más alejado de la realidad lo expresado por el representante legal de MUNDIAL DE SEGUROS en el interrogatorio de parte, cuando manifiesta que el formulario o declaración de asegurabilidad es propio únicamente de los contratos de seguro de vida, como si la norma distinguiera o sólo se refiriera a este tipo de contrato.

Si bien en la práctica la aseguradora no utiliza este tipo de formularios en los seguros de cumplimiento, eso no es óbice para desligarse del deber de probar que el tomador ocultó información, situación que pretende hacerlo solo con la declaración del representante legal y la de los testigos allegados, todos ellos funcionarios de la parte demandante.

A CEOGAS ENERGIA S.A.S. ESP en ningún momento se le solicitó la información que a juicio de la demandante debía suministrar para establecer el verdadero estado del riesgo y no incurrir en reticencia; debemos insistir que no existe cuestionario o documento alguno que le permita a la aseguradora probar con certeza que el tomador fue reticente, más aún cuando si bien este no es obligatorio, adoptamos las palabras del profesor Hernán Fabio López Blanco quien en su obra COMENTARIOS AL CONTRATO DE SEGUROS (página 277) al rezar que “sin el diligenciamiento de la misma resulta en extremo difícil demostrar el incumplimiento de este deber por parte del tomador”.

Por lo tanto, la carga de la prueba de la reticencia se encuentra en cabeza de la demandante, quien no demostró en el proceso que a mi representada se le haya indagado de manera expresa por lo siguiente:

- 1) Las cantidades de gas que había entregado GAS NATURAL S.A. ESP (Hoy VANTI) a CEOGAS ENERGIA S.A.S. ESP para el 27 de diciembre de 2017.
- 2) Cómo era el hábito de pago de CEOGAS ENERGÍA.
- 3) Si entre CEOGAS y GAS NATURAL se habían ejecutado otros contratos de suministro de gas en firma y cómo era el hábito de pago del primero.
- 4) Toda la información concerniente a la capacidad de pago y endeudamiento de CEOGAS ENERGÍA S.A.S. ESP.

Si examinamos lo manifestado por la testigo Ángela Munar lo cual fue ratificado por la señora Margie Name (Gerente Administrativo y Legal de CEOGAS), los únicos documentos que les requirieron para la expedición de la póliza fueron por citar solo algunos, el respectivo contrato, estados financieros del año 2016, documentos que acreditaran la existencia y representación legal



del tomador y composición accionaria, pero nunca información relacionada con lo expuesto en el hecho 15 de la demanda.

Por lo tanto, vale decir, que a CEOGAS ENERGÍA S.A.S. ESP en ningún momento se le solicitó información que a juicio de la demandante debía suministrar para establecer el verdadero estado del riesgo y no incurrir en reticencia (expuestas en el hecho 15 de la demanda), debemos insistir en que no existe cuestionario o documento alguno que le permita a la aseguradora demostrar que el tomador fue reticente (la carga de la prueba reposa en la Compañía Mundial de Seguros).

3

De otra parte, no es cierto que mi representada se encontraba en mora con Gas Natural S.A. ESP por concepto de obligaciones anteriores las cuales no fueron reportadas. En este punto y no obstante lo manifestado por el representante legal de GAS NATURAL S.A. ESP (Hoy VANTI), no es cierto que a la firma del contrato y solicitud de la póliza existiesen obligaciones pendientes y si así fuera, ninguna relevancia tendría esto para decretar la reticencia, máxime si como lo hemos manifestado, este hecho nunca le fue preguntado a mi representada.

Y es que debe resaltarse que yerra el fallador de primera instancia al decretar la reticencia a partir de situaciones que a su juicio resultaron probadas y que de haberlas conocido la aseguradora, no hubiese celebrado el contrato de seguro; decimos que comete un desacierto el *a quo* toda vez que parece olvidar que el artículo 1058 del Código de Comercio invocado en sus apartes reza “las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre los que versan los vicios de la declaratoria, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

Sobre el particular, el ya mencionado profesor López Blanco en la obra ya citada (página 289), expresa:

“Cuando la aseguradora ha “debido conocer” los hechos o circunstancias sobre los que versan los vicios de la declaración, así exista reticencia o inexactitud, tampoco podrá alegarse la nulidad relativa del contrato ni pretender reducción de su obligación y debe pagar íntegramente el monto de la indemnización a que tenga derecho el asegurado o beneficiario hasta el límite de la suma asegurada, ya que así como al conocer la realidad de los hechos y contratar se subsana la nulidad, **cuando por circunstancias imputables a su culpa he debido conocer la verdadera situación de riesgo y no lo hizo**, corre con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia en buscar la forma e salir de su error a que la ha llevado la declaración inexacta o reticente.” (Las negrillas y subrayas son nuestras).

Entonces, es claro que si para la aseguradora solo era posible la conocimiento del riesgo mediante el suministro de toda la información a que se hace referencia en el hecho 15 de la demanda, debió de manera expresa requerir al tomador de la póliza para el otorgamiento de la misma y no esperar a que como en efecto



ocurrió, que se configurara el siniestro para después objetar la reclamación bajo el amparo del artículo 1058 del Código de Comercio.

No podemos olvidar que las aseguradoras son profesionales en el análisis del riesgo, motivo por el que aceptar que no interrogaron sobre aspectos relevantes para el estudio del mismo, es revelador de una conducta culposa y por lo tanto, no es viable alegar en este momento reticencia.

En providencia de 19 de mayo de 1999, expediente 4923, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia expone que la declaración - “Debido conocer” que es término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquier prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia, que se expresa en una información recíproca: el tomador debe ofrecer al asegurador todos los elementos de juicio que para este resulten necesarios para decidir si asume o no el riesgo, y a su turno el asegurador debe asesorar e informar al tomador de todas las circunstancias que conoce dado su profesionalismo y puedan orientar la voluntad de aquél- (Subrayas fuera del texto original).

Además de no ser indagado mi poderdante en el trámite de la póliza de cumplimiento sobre tal situación, es claro que al momento de expedición de la póliza NB – 100083757, mi representada no se encontraba en mora de obligación alguna frente a Gas Natural S.A. ESP (Hoy Vanti).

La anterior afirmación se demuestra al analizar de manera integral las facturas FI 0000130984 aportada por el demandante y la FI 0000130029 aportada por el suscrito al momento de contestar la demanda, figurando en esta última que su fecha de creación fue el 13 de diciembre de 2017 y la de límite de pago el 2 de enero de 2018.

Por lo tanto, si la fecha de expedición de la póliza de cumplimiento NB 100083757 fue el 28 de diciembre de 2017, no hay duda alguna que mi representada no se encontraba en mora con Gas Natural S.A. ESP (Hoy VANTI) frente al pago de la factura FI 0000130029 y mucho menos, que no haya cumplido con las obligaciones contractuales establecidas en el contrato DPIR-GN-0028-2018-1, pues su primer acto fue la consignación del 50% por concepto de pago anticipado (\$250.000.000,00) (corresponde a un valor estimado resultado de aplicar la fórmula matemática de 3.6USD por 1.500MBTUD contratados), tal como consta en el comprobante que se aportó en la contestación a la demanda, lo cual fue ratificado en el interrogatorio de parte del representante legal de CEOGAS y con el testimonio de la señora Margie Name.



Como último aspecto, es necesario precisar que el hecho de no haberse exhibido por parte de mi poderdante la totalidad de los documentos solicitados por la parte actora y decretados por el Juzgado 36 civil del circuito de Bogotá no puede servir de sustento adicional para declarar la nulidad relativa del contrato de seguro, más si tenemos en cuenta que los mismos corresponden a documentos que si bien pueden demostrar una situación en particular al momento de la solicitud de la póliza, no corresponden a los requeridos a mi representada para la suscripción del contrato de seguro y por lo tanto, nada aportan para la decisión final (nulidad relativa del contrato por reticencia).

2) CEOGAS S.A. ESP Y GAS NATURAL S.A. ESP (HOY VANTI) NO INCURRIERON EN AGRAVACIÓN DEL RIESGO.

Disentimos de las consideraciones y resolución que frente al tema recurrido arrió el *a quo* al considerar que se agravó el riesgo; esto, toda vez que dicha conclusión obedece a una indebida aplicación e interpretación de lo normado en el artículo 1060 del Código de Comercio, el cual reza en uno de sus apartes:

“El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno y otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1. del artículo 1058, signifiquen agravación o variación de su identidad...” (Las subrayas son nuestras).

El profesor Henán Fabio López sobre el tema refiere en su obra Comentarios al Contrato de Seguro, 6ª edición, página 299 expone:

“...radica en el tomador o asegurado, normalmente en cabeza de este último, la obligación de mantener en situación similar a cuando se contrató el seguro, el estado del objeto asegurado y, además, de comunicar al asegurador por escrito cualquier circunstancia que implique agravación objetiva del mismo o “variación de su identidad local”, esto es, un cambio en la ubicación del objeto asegurado, pues si es cierto que el artículo menciona el estado del “riesgo”, es más exacto referirnos al estado del objeto del seguro, o bien asegurado que es realmente a lo que concierne este deber...”.

Lo transcrito hasta ahora significa que con el fin de mantener proporcionalidad entre la prima y el riesgo, se provee la carga al tomador o asegurado de notificar al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que signifiquen una agravación del riesgo o la variación de su identidad local.

Entonces, estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado y así lo reconocemos, de todo tipo de eventualidades que aumenten su probabilidad de ocurrencia, para que de acuerdo a la situación



y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

Sea oportuno citar en este punto que el artículo 1060 del C. de Co. hace referencia a lo que reza el inciso 1 del artículo 1058 ídem, motivo por el cual es importante anotar que solo la agravación del riesgo puede predicarse en la medida de que no haya culpa atribuible a la aseguradora en el conocimiento de la información.

6

Aterrizando en el caso concreto, El contrato DPIR-GN -0028-2018-1 es muy claro en establecer desde cuando se podía suspender la entrega de gas y darlo por terminado.

Sobre el particular, el último inciso de su numeral 7.8 reza:

“Cuando El Comprador incurra en mora, dentro de los dos (2) días calendario siguientes a la fecha límite de pago, *El Vendedor **podrá** de pleno derecho suspender el suministro*” (Las cursivas son nuestras).

Como se puede apreciar, en cuanto a la suspensión de entregas del gas o terminación del contrato, de conformidad con las condiciones generales del mismo, esta era una decisión discrecional del vendedor toda vez que se pactó que **podría** suspenderlo.

En conclusión no se suspendió la entrega de gas porque el contrato así lo permitía, texto que fue conocido por la aseguradora para la expedición de la póliza y por lo tanto, ante el conocimiento del contenido del contrato de suministro de gas amparado por parte de MUNDIAL DE SEGUROS, nada de lo considerado puede constituir un situación NO PREVISIBLE para la aseguradora y mucho menos, cambio en el objeto contractual, situaciones establecidas en el artículo 1060 del C. de Co para la prosperidad de la pretensión.

Al remitimos a la norma citada, la obligación del tomador y asegurado es mantener el estado del riesgo, obligándose a notificar al asegurador las CIRCUNSTANCIAS NO PREVISIBLES que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, motivación que nos lleva a cuestionar si se ciñe al concepto de “no previsible” lo que en el mismo contrato se expresa: discrecionalidad que ante el no pago se pueda o no suspender el suministro.

Basado en lo anterior, se desvirtúa el fundamento fáctico de la pretensión y lo esbozado en la sentencia consistente en la agravación del riesgo.

Entonces, si a la fecha de expedición de la póliza (27 de diciembre de 2017), el asegurador conoció el riesgo y por lo tanto tenía claro que según lo establecido en el numeral 7.8 del contrato DPIR-GN -0028-2018-1 era optativo de El Vendedor la suspensión del suministro del gas, no puede alegar ahora que ante la no interrupción de éste se agravó el riesgo, máxime si como lo hemos planteado, esa cláusula fue conocida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE

SEGUROS y por lo tanto, ante la inexistencia de una circunstancia no previsible, no es viable la terminación del contrato con fundamento en la agravación del riesgo.

Ahora bien, no puede el *a quo* como en efecto lo hizo, y en el evento que nuestra solicitud principal no prospere, decretar la terminación del contrato de seguro contenido en la póliza NB – 100083757 a partir del inicio de la vigencia, toda vez que de haberse consolidado una situación que efectivamente agravara el riesgo, sola a partir del mes de marzo es que se podría advertir, situación que no analizó el despacho en primera instancia.

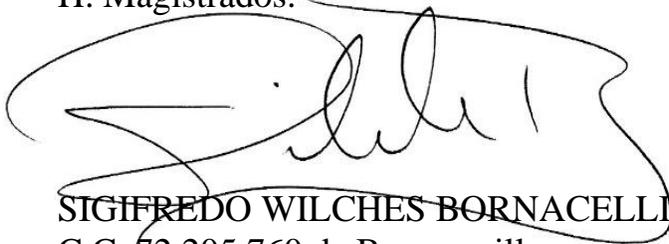
Igual prédica a como lo hicimos frente al tema de la reticencia, lo hacemos ahora en el sentido de reiterar que al momento de la expedición de la póliza NB – 100083757, mi representada no se encontraba en mora de obligación alguna frente a Gas Natural S.A. ESP (Hoy Vanti).

La anterior afirmación se demuestra al analizar de manera integral las facturas FI 0000130984 aportada por el demandante y la FI 0000130029 aportada por el suscrito al momento de contestar la demanda, figurando en esta última que su fecha de creación fue el 13 de diciembre de 2017 y la de límite de pago el 2 de enero de 2018.

Por lo tanto, si la fecha de expedición de la póliza de cumplimiento NB 100083757 fue el 28 de diciembre de 2017, no hay duda alguna que mi representada no se encontraba en mora con Gas Natural S.A. ESP (Hoy VANTI) frente al pago de la factura FI 0000130029 y mucho menos, que no haya cumplido con las obligaciones contractuales establecidas en el contrato DPIR-GN-0028-2018-1, pues su primer acto fue la consignación del 50% por concepto de pago anticipado (\$250.000.000,00) (corresponde a un valor estimado resultado de aplicar la fórmula matemática de 3.6USD por 1.500MBTUD contratados), tal como consta en el comprobante que se aportó en la contestación a la demanda, lo cual fue ratificado en el interrogatorio de parte del representante legal de CEOGAS y con el testimonio de la señora Margie Name.

En el sentido antes expuesto sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 5 de abril de 2021 proferida por el Juzgado 36 civil del circuito de Bogotá, solicitando la revocatoria integral de la misma y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

H. Magistrados.



SIGIFREDO WILCHES BORNACELLI
C.C. 72.205.760 de Barranquilla
T.P. 100.155 del C. S. de la J.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
M.P. Aida Victoria Lozano Rizo
E. _____ S. _____ D. _____

Ref. Proceso Verbal (Declarativo) de **NETWORK 1 INTERNATIONAL COLOMBIA S.A.S.**, con Nit. 900.148.010-5, en contra **ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, con Nit. 890.903.937-0.

Rad. 11001310304020200028401

Asunto. Sustentación recurso de apelación

CAMILO RAMÍREZ ZULUAGA, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.719.678 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 188.029 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado especial de **NETWORK 1 INTERNATIONAL COLOMBIA S.A.S.**, sociedad comercial debidamente constituida e identificada con el Nit. No. 900.148.010-5, según poder judicial a mi conferido que obra en el expediente, estando en oportunidad, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de noviembre de 2021, en los siguientes términos:

I. SENTENCIA DEL JUZGADO CUARENTA (40) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Mediante providencia de 29 de noviembre de 2021, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C. resolvió:

***“PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones denominadas “prescripción” y “falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, alegadas por la parte demandada con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de este fallo.*

***SEGUNDO. NEGAR** las pretensiones de la demanda de acuerdo con lo que se expresó en la parte considerativa de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** al extremo demandante en un 80%. Secretaría proceda a efectuar la respectiva liquidación, consultando lo reglado en el artículo 366 del C.G.P. y teniendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.*

CUARTO: *En firme esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias.*”

No obstante lo anterior, en el presente recurso se acreditará que las pretensiones de mi poderdante cuentan con sustento fáctico y jurídico sólido y, en ese sentido, deben ser acogida por el ad quem.

II. LOS REPAROS PRESENTADOS ANTE EL A QUO.

Para delimitar el objeto de la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia impugnada, se presentaron los siguientes reparos:

1. Reparos presentados en la audiencia de 29 de noviembre de 2021.

En audiencia de 29 de noviembre de 2021, una vez proferida la sentencia de primera instancia por parte de la Juez, se plantearon los reparos frente al fallo (minuto 33:00 del archivo denominado 33AudienciaParteII20211129), los cuales se concretaron en dos apartados:

- En primer lugar, se repara sobre el análisis efectuado por el despacho de la cesión de crédito o derecho de cobro, partiendo de la base de la existencia de confusión en cuanto a la figura de la cesión de crédito y de la cesión de posición contractual, figuras disímiles, reguladas en diferentes normativas. Con base en ello se manifiesta que se están imponiendo requisitos de la cesión de la posición contractual a la cesión de créditos, como lo es la expresa aceptación de la parte contratante. De esta forma se probaría ante el superior que la cesión de crédito fue válida, que producía efectos y era oponible a la demandada.
- En segundo lugar, se repara sobre el análisis efectuado por el despacho frente al endoso, donde el despacho extiende una restricción contractual que desconoce la normativa sobre los títulos valores, en especial la posibilidad de circulación de los títulos valores de contenido crediticio, sin que el despacho hubiera efectuado un análisis frente a la prohibición de orden legal de restringir la circulación de las facturas. De esa forma se objeta la conclusión del despacho según la cual el endoso también debía contar con una aceptación previa y expresa, más aún cuando la normatividad únicamente establece que el endoso debe informarse. De esta forma el endoso cobraba plena validez y era plenamente vinculante frente a la entidad demandada, la cual con una excusa de carácter operativo, no jurídico, simplemente no efectuó el pago.

Sin perjuicio de lo anterior el suscrito se reservó la posibilidad de plantear algún reparo adicional en los tres (3) días siguientes, conforme lo previsto en el artículo 322 del C.G.P.

2. Reparos presentados dentro del término establecido en el artículo 322 del C.G.P.

Dentro de la oportunidad legal establecida en el artículo 322 del C.G.P., se presentó memorial mediante el cual se complementaron los reparos presentados en audiencia en los siguientes términos:

a. Frente al Contrato de Cesión de Crédito de 22 de Junio de 2016:

Sobre este punto, la Juez Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá D.C. señaló que el contrato de cesión de crédito de 22 de junio de 2016 no surtió efectos jurídicos en el entendido en que la cláusula 25 de la Oferta Mercantil No. 16-0074 de 17 de mayo de 2016 restringía dicha figura.

En el presente caso, el despacho confunde dos figuras disímiles, como lo son la cesión de créditos y la cesión de la posición contractual. Parte el despacho de la conclusión de que porque ambas partes son comerciantes, se les aplica la regulación de cesión de posición contractual establecida en el Código de Comercio, en la que expresamente se establece la posibilidad de restringir la cesión por voluntad de las partes conforme el artículo 887 de dicha normativa, cuyos requisitos expresamente indica la Juez en el minuto 11:00 del archivo denominado 33AudienciaParteII20211129. De esta forma, erra en la calificación del negocio jurídico celebrado entre CONECTICS S.A. y NETWORK 1 INTERNATIONAL COLOMBIA S.A.S., en el que claramente se observa que es una Cesión de Crédito o Derecho a Cobro.

De esta forma al enfocar que la cesión requiere la aceptación del “contratante cedido”, despacha desfavorablemente la existencia, validez y oponibilidad de la cesión de crédito o derecho de cobro celebrada, sin efectuar análisis alguno sobre el régimen legal de la cesión de crédito y la aceptación tácita de dicha cesión por parte de la parte demandada conforme el artículo 1962 del Código Civil.

Finalmente, en el análisis de la cesión combina el análisis del endoso, sin que exista una clara diferenciación entre los diferentes negocios jurídicos que se presentan en el caso, a saber, por un lado la cesión del crédito y por el otro el endoso de la factura.

b. Frente al Endoso de la Factura No. 526 de 7 de Octubre de 2016:

Al respecto, se tiene que el despacho señaló expresamente que la no aceptación de la cesión de crédito de 22 de junio de 2016 repercute en la imposibilidad de endosar la factura, toda vez que cualquier cesión de derechos por parte de CONECTICS debía contar con la autorización de ITAU, entendiendo como cesión de derechos el mismo endoso.

La consideración del despacho relativa a este punto claramente desconoce e inobserva la autonomía e independencia de los títulos valores respecto de los negocios subyacentes a ellos y de la restricción que se tendría sobre la circulación del título valor.

Con ello, desconoce el despacho lo dispuesto en el artículo 778 del Código de comercio, en el que se establece la obligatoriedad de aceptación del endoso, así como el párrafo de dicha norma que considera una restricción del endoso como una práctica restrictiva de la competencia.

Igualmente, resalta por su ausencia, el análisis de la forma en la que se efectúa el endoso de las facturas conforme a la norma mercantil, en especial por lo dispuesto en el párrafo del artículo 773 del Código de Comercio, para lo cual basta informar de su tenencia la comprador o beneficiario del servicio. Para el efecto, el despacho considera que dicha comunicación debería venir acompañada por la factura endosada, desconociendo abruptamente lo dispuesto en la norma citada (Minuto 25:30 del archivo denominado 33AudienciaParteII20211129).

En este punto es importante resaltar que el despacho le quita todo valor probatorio a la información dada a la demandada obrante a folio 43 del cuaderno principal, en la que se notifica a la demandada del endoso de la factura.

Considera finalmente que el endoso no es claro en cuanto a la factura que se endosa quitándole todo el valor al mismo y que no existe claridad sobre el valor reclamado, cuando es claro que las pretensiones se enmarcaron en el reconocimiento de un pago de anticipo y el valor del saldo conforme obra en el documento interno de la demandada obrante a folio 53 del cuaderno principal.

Es claro que el análisis efectuado por el despacho, no tuvo en cuenta la totalidad de los elementos probatorios oportunamente allegados al proceso y se limitó simplemente a descartar la validez del endoso, partiendo de la base de que en el contrato subyacente se había prohibido cualquier tipo de cesión.

Finalmente, omite el despacho efectuar análisis alguno sobre la tacha efectuada sobre la testigo Sandra Patricia Mejía, dándole plenos efectos probatorios a su testimonio, a pesar de que se evidencia una clara falta de diligencia conforme el correo electrónico obrante a folio 44 del cuaderno principal.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En ese orden de ideas, se procede a sustentar el recurso de apelación, haciendo referencia a los argumentos de hecho y de derecho que erróneamente fueron rechazados por el a quo.

De manera preliminar, cabe resaltar que la decisión del a quo adolece de los siguientes errores:

1. Frente al contrato de cesión de crédito de 22 de junio de 2016:

Sobre este punto, la Juez Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá D.C. señaló que el contrato de cesión de crédito de 22 de junio de 2016 no surtió efectos jurídicos en el entendido en que la cláusula 25 de la Oferta Mercantil No. 16-0074 de 17 de mayo de 2016 restringía dicha figura.

1.1.El análisis de la Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá

En el análisis por parte del a quo de la cesión de créditos, inicia su consideración (minuto 10:00 del archivo denominado 33AudienciaParteII20211129), citando a la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC-021 de 5 de mayo de 1941, donde se expresa claramente:

“La cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre de cesionario.”

Posteriormente, argumentando que en este caso estamos frente a una cesión de créditos de personas jurídicas que se dedican al comercio, el a quo expresa que la doctrina ha indicado que únicamente la cesión será viable si se cumplen los siguientes requisitos:

1. Que debe tratarse de un contrato mercantil
2. Que ha de estar pendiente de cumplimiento al menos en parte
3. Que la cesión no debe estar prohibida por estipulaciones de los mismos contratantes
4. Si se trata de contratos de ejecución periódica o sucesiva, no celebrados intuitu personae, la cesión no requiere de la aceptación del contratante cedido
5. En cambio tratándose de los contratos intuitu personae y de los contratos de ejecución instantánea no cumplidos, la transferencia exige el consentimiento de la otra parte contractual.
6. Cuando existan reglas especiales dictadas por el legislador para ciertos contratos en particular, éstas se aplicarán de preferencia que es lo que sucede con la Sociedad, el Seguro, el Arrendamiento y la Comisión, entre otros.

Trayendo entonces a colación los requisitos de la cesión de la posición contractual, concluye que la cesión requería de la aceptación del contratante cedido, reafirmando nuevamente el error en la diferenciación de las figuras de cesión de crédito y de cesión de posición contractual, citando expresamente los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.

Al citar el artículo 1960 del Código Civil en materia de cesión de créditos, se concentra en la aceptación como requisito legal para que la cesión sea oponible frente al deudor cedido. Aspecto que desconoce la amplia doctrina y jurisprudencia sobre la materia, toda vez que únicamente se requiere la notificación.

Partiendo de dicho análisis, concluye el a quo que al haberse restringido la cesión contractual en la cláusula 25 de la Oferta Mercantil de 17 de mayo de 2016, se requería de la expresa y previa aceptación de la demandada sobre cualquier tipo de cesión que se efectuara, incluyendo la cesión de crédito o derecho de cobro objeto del litigio. Incluso concluye erradamente que el contratante cedido puede proponer las excepciones derivadas del contrato cedido, sin tratarse el negocio objeto del litigio una cesión de posición contractual.

En el análisis de las pruebas demandadas, el despacho omite efectuar la valoración sobre la tacha que se presentó sobre la testigo Sandra Patricia Mejía y concluye que como en opinión de la testigo la sola notificación de la cesión de crédito o derecho de cobro no era suficiente para el Banco, eso era suficiente para efectos de desconocer la oponibilidad de dicho documento ante el banco

1.2.La Sustentación del Error

Como se evidencia claramente de la exposición presentada por el a quo, se parte de una definición adecuada del concepto de cesión de créditos contenido en la sentencia de 5 de mayo de 1941, pero se erra abruptamente al asimilar la cesión de créditos de la cesión de la posición contractual, toda vez que las características señaladas, corresponden claramente al parafraseo de lo dispuesto en el artículo 887 del Código de Comercio, referente a la Cesión de Posición Contractual.

Adicionalmente, se erra en el efecto derivado de la notificación de la cesión de crédito efectuada a la demandada, concluyendo que se requería la aceptación expresa, previa y por escrito por parte de la demandada, para que produjera efectos frente a ella. De esta manera, la argumentación se presenta en dos apartes:

a. El error en la asimilación de la cesión de crédito a la cesión de la posición contractual

José Armando Bonivento Fernandez, diferencia expresamente estas figuras, en los siguientes términos:

“Escenario diferente al de la cesión de créditos y la cesión de deudas, es el de la cesión de contratos, que supone que un sujeto – cesionario – entra a ocupar el lugar de otro – cedente – en un vínculo contractual, lo que implica que no se transmiten separada ni individualmente los créditos ni las deudas, sino la posición contractual integralmente considerada, el conjunto de unos y otras, según se desprendan del contrato cedido.”¹

Es evidente que el a quo incurre un error al aplicarle al negocio objeto de litigio, denominado CESIÓN DE CRÉDITO O DERECHO DE COBRO suscrito el 22 de junio de 2016 entre

¹ Bonivento Fernández, José Armando. Obligaciones. Ed. Legis. 1ª Ed. P. 409

CONNECTICS S.A. y NETWORK 1, las reglas previstas en el Código de Comercio para la Cesión de la posición contractual.

A pesar de no estar la cesión de créditos contenida en el ordenamiento mercantil, esto no significa que no se puedan aplicar las normas del Código Civil sobre cesión de créditos, conforme a lo previsto en el artículo 2º del Código de Comercio. Así lo reafirma Marcela Castro de Cifuentes, en los siguientes términos:

“La cesión ordinaria de créditos no se encuentra prevista en el ordenamiento comercial, pero estimamos que son aplicables las reglas comunes a la transferencia singular de derechos surgidos de negocios mercantiles en virtud del artículo 2º del Código de Comercio, con arreglo al cual el derecho civil resulta aplicable como norma subsidiaria a los negocios mercantiles. La aplicación de los principios y reglas del Código Civil sobre cesión de créditos no obedece entonces a la remisión directa que hace el artículo 822 del régimen comercial, en cuanto esta disposición no menciona la transmisión de las obligaciones como una de las materias incluidas en la referida remisión. Lo anterior es así siempre que dichos créditos no se encuentren incorporados en títulos valores (letras, pagarés, cheques, etc.), pues estos bienes mercantiles se encuentran expresamente excluidos del régimen general por contar con unos mecanismos especiales de transmisión, previstos en el libro III del Código de Comercio.”²

En el presente caso, estamos ante una cesión de crédito, regulada por los artículo 1959 y siguientes del código civil. Basta simplemente dar lectura al documento de CESIÓN DE CRÉDITO O DERECHO DE COBRO suscrito el 22 de junio de 2016 entre CONNECTICS S.A. y NETWORK 1 en cuya cláusula primera se observa expresamente que se cede el crédito.

De esta manera, el a quo debió efectuar un análisis detallado sobre la institución de la cesión de créditos y no sobre la cesión de posición contractual, toda vez que dicho análisis habría dado lugar a una conclusión muy diferente, teniendo en cuenta que el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la cesión de créditos es muy diferente a la de la cesión de la posición contractual, en especial en lo relativo a la necesidad o no de aceptación del cedido (deudor o contratante, dependiendo de la figura que se aplique).

Así, se procederá a desarrollar el análisis de la notificación o necesidad de aceptación de la cesión de créditos.

b. Frente a la notificación o necesidad de aceptación de una cesión de créditos.

² Castro de Cifuentes, Marcela. Transferencia Singular de Créditos. En: Derecho de las Obligaciones: con propuestas de modificación. Ed. Temis. 2ª Ed. P. 114.

Guillermo Ospina Fernández, al efectuar el análisis sobre la cesión de créditos y de la notificación o aceptación del deudor, expresa lo siguiente:

*“Pero, siguiendo la tradición romana, para que la precitada cesión perfeccionada entre el cedente y el cesionario sea oponible a los terceros, vale decir, a quienes no han participado en tal contrato, entre los cuales se cuenta el deudor cedido, la ley requiere la notificación por el cesionario a dicho deudor, o la aceptación por este (art. 1960). **Como es obvio, esta aceptación presupone que se notifique la cesión al deudor, de donde resulta que el verdadero requisito legal es, esta notificación y no aquella aceptación que, aun faltando, no obsta al perfeccionamiento de la cesión ni a su oponibilidad a los terceros.** (...)”³*

En los mismos términos, José Armando Bonivento Fernández, expresa lo siguiente:

*“Perfeccionada la cesión entre cedente y cesionario, con el cumplimiento de los requisitos recién reseñados, la extensión de los efectos al deudor cedido – y a terceros – requiere la verificación de una de dos exigencias; **o la notificación de la cesión al deudor, o la aceptación por éste de la cesión efectuada; una sola de ellas, cualquiera que sea, produce el mismo efecto principal de hacer oponible al deudor – y a terceros – el hecho mismo de la cesión, con independencia de los efectos derivados de la misma,** cuyo funcionamiento abordaremos en los reglones posteriores.(...)”*

A la caracterización de la notificación como exigencia para la eficacia de la cesión de un crédito frente al deudor cedido y frente a terceros, se refiere el siguiente pasaje de la jurisprudencia arbitral, que de paso invoca doctrina pertinente sobre el tema:

‘Bajo esa premisa, especial relevancia tiene, de cara a lo debatido en este litigio, el tema de la oponibilidad de la cesión al deudor cedido —y a terceros—, la que se produce, tal como se ha señalado, por uno de dos caminos: la aceptación por parte del deudor de la cesión efectuada (supone que, de cualquier manera, tuvo conocimiento de ella), o la notificación al deudor —con las especificaciones de ley— de la respectiva cesión. Con referencia a la hipótesis que interesa a la controversia que se examina, que es la de la notificación, conviene, en opinión del tribunal, hacer algunos señalamientos básicos:

- *Se trata de una exigencia que tiene por finalidad dar aviso o noticia al deudor del cambio en la titularidad del derecho personal, supuesto indispensable para que, desde el ángulo de ese deudor, su relación jurídica quede trabada con el adquirente del activo, hasta el punto que antes de la notificación, para todos los*

³ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Ed. Temis. 8ª Ed. P.300.

efectos el deudor se entiende vinculado con el acreedor original, así entre este, como cedente, y otro sujeto, como cesionario, se hubiere perfeccionado la transferencia del correspondiente crédito. “Notificar”, en su significado gramatical, es “Hacer saber una resolución de la autoridad con las formalidades preceptuadas para el caso. 2. Por ext., dar extrajudicialmente, con propósito cierto, noticia de una cosa”, o “comunicar. Participar. Hacer saber a una persona cierta cosa que es interesante para ella; por ejemplo, una resolución judicial”.

- Es tal la trascendencia de la notificación de la cesión al deudor, que no es extraño encontrar en la doctrina autorizada, nacional y chilena para hacer referencia a ordenamientos legales que tienen el mismo régimen sustancial en la materia, a veces con algunas variantes en la esfera procedimental, la afirmación sobre la necesidad de que el requisito de la notificación tuviere que surtirse por la vía judicial. Y no es difícil entender que, probablemente, el componente de “seguridad” que imprime la notificación judicial, desde el punto de vista probatorio, influye en un planteamiento de ese talante.

- Para el tribunal, sin embargo, impuesta la exigencia al cesionario de notificar al deudor cedido, sin aditamento o condicionamiento normativo alguno en cuanto a la forma de hacerlo, se debe concluir, con otro sector de la doctrina, que **“la notificación puede hacerse por la vía judicial, esto es, acudiendo ante la autoridad judicial para informar al deudor de la transmisión del crédito, o bien extrajudicial o privada, es decir, con la presentación del título al deudor sin intervención de funcionario alguno” (negrilla fuera de texto), pero destacando que a tal libertad para proceder está aparejada, estima el tribunal, la carga de demostración idónea de la notificación,** en función de la finalidad perseguida por el legislador al imponer la exigencia, por manera que el cesionario que la efectúa toma las providencias que considera pertinentes, y en concordancia con ellas asume los riesgos de una eventual discusión, particularmente en los casos en que el deudor, por cualquier razón, niegue o pretenda negar el hecho de la notificación y/o de los términos en que ella se efectuó. En palabras de Hineostroza, “El cesionario puede enterar al deudor de su condición de tal por cualquiera de los medios de comunicación a su alcance (C.C., art. 1961), entre los cuales él escogerá a su arbitrio, con la consiguiente asunción de los riesgos inherentes al respectivo medio probatorio (cargas de sagacidad y advertencia)” (destacado fuera de texto).’ (Laudo de 11 de octubre de 2005, tribunal arbitral de Banco de Bogotá S.A. v. Segurexpo de Colombia S.A.)”⁴

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

⁴ Bonivento Fernández, José Armando. Obligaciones. Ed. Legis. 1ª Ed. P. 398-401

“La cesión de créditos, de que tratan los artículos 1959 al 1966 del Código Civil, es un negocio jurídico en el que un acreedor transfiere ‘a cualquier título’ a otro, que pasa a sucederlo, los derechos sobre una deuda cuya satisfacción está a cargo de un tercero ajeno a esa transacción, pero que asume las consecuencias luego de ser sabedor de ello, no antes.

*Comprende así dos etapas, la primera relacionada con la entrega del título representativo de la obligación del tenedor originario a quien pasa a reemplazarlo. De allí que cuando no consta por escrito, es menester elaborar un documento en el que se concreten sus términos, quedando así perfeccionado el pacto y surgiendo entre los intervinientes responsabilidades recíprocas. **La segunda consiste en lograr que el acuerdo produzca efectos frente al compelido a satisfacer, lo que se obtiene ya sea con la correspondiente notificación o mediando la aceptación de éste.***

Tanta es la trascendencia del enteramiento que, mientras no se dé, para el solvens es como si nada hubiera cambiado y su accipiens sigue siendo el mismo, pudiendo abonarle o cubrir el monto pendiente; incluso, sigue formando parte de la prenda general de los acreedores del ‘cedente’, quienes pueden embargar el crédito.

Por lo tanto, el conocimiento del deudor, ya sea que lo documenten los interesados o provenga de una manifestación propia de aquel, que puede ser fortuita o provocada, constituye un punto de quiebre para determinar los alcances que del acto se derivan”.⁵

Lo anterior es suficiente para demostrar, que basta con la notificación al deudor cedido, para que la cesión de créditos sea oponible frente a éste. Está probado en el proceso y no fue objeto de discusión alguna, que se efectuó la notificación de la cesión de crédito o derecho de cobro suscrita el 22 de junio de 2016. Ello era suficiente para que la demandada estuviera obligada a cumplir su obligación a favor de mi representada y no a favor de CONECTICS S.A.S., como lo hizo.

Exigir un requisito adicional, como lo es la aceptación expresa, previa y por escrito del deudor cedido, y más aún la ausencia de una respuesta frente a la notificación efectuada, se debe considerar como un ejercicio abusivo del derecho del deudor. Al respecto, Marcela Castro de Cifuentes dispone:

“En general, al deudor le es indiferente la persona del acreedor, pues su interés se centra en liberarse de la obligación cumpliendo la prestación y en hacerlo respecto de quien sea el titular del crédito, sea quien fuere. Si por algún motivo plausible el deudor no desea que el crédito sea traspasado a un tercero a quien

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de octubre de 2015. MP Fernando Giraldo.

*tendría ulteriormente que pagar, es jurídicamente válido celebrar pactos entre el obligado y el acreedor original para prohibir o limitar la cesión, por ejemplo, al exigir el consentimiento del deudor para efectuar la cesión. **En todo caso, de haberse reservado el derecho de aceptar la cesión, el deudor no podrá negar su consentimiento de manera arbitraria, es decir, no podrá abusar de su derecho a autorizar la cesión del crédito al cesionario. La cesión no perjudica al deudor, teniendo en cuenta que el vínculo y su situación jurídica particular continúa siendo la misma antes y después que aquella ocurra; lo único que se requiere es que se le dé noticia del cambio de acreedor para que pueda pagar correctamente.***⁶

En gracia de discusión, obsérvese que ITAU CORPBANCA COLOMBIA guardó silencio ante la notificación del acuerdo de cesión de crédito de 22 de junio de 2016, realizado el 23 de junio de 2016. Atendiendo a la naturaleza de entidad financiera de ITAU CORPBANCA COLOMBIA, le asistían deberes de conducta superiores que los exigibles a un comerciante común y corriente. Adicionalmente, obsérvese que la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA aceptó expresamente no solo que el Banco recibió la notificación de esta cesión de crédito, la cual tenía como parte integral el contrato de cesión de crédito celebrado entre CONECTICS y NETWORK1, sino también que no existe registro alguno de oposición a este negocio jurídico por parte del Banco.

Tan es así, que, de acuerdo con lo señalado por Sandra Mejía, funcionaria de la Gerencia Administrativa de ITAU CORPBANCA COLOMBIA, en correo electrónico de 23 de febrero de 2017, la razón por la cual no se procedió al pago en favor de mi representada fue demoras considerables en el trámite de registro de NETWORK 1 como proveedor del banco y no consideraciones de índole jurídica. Al respecto, vale la pena recordar que, de acuerdo con la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA, la Señora Mejía tenía a su cargo en el Banco las funciones de control y pago de proveedores del Banco.

En este orden de ideas, no es cierto que ITAU CORPBANCA COLOMBIA haya considerado que la cesión antes referida no surtió efectos jurídicos, sino que, por el contrario, debido a un tema logístico, la funcionaria Sandra Mejía optó por realizar el pago a un tercero diferente del verdadero acreedor, sin que existiera fundamento jurídico alguno para hacerlo.

De igual manera, no es de recibo lo señalado por la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA en su interrogatorio de parte, en el sentido de señalar que la orden de pago de CONECTICS a ITAU CORPBANCA COLOMBIA era una “instrucción provisional”, toda vez que dicha circunstancia restaría efectos jurídicos al contrato de cesión de derechos de crédito que fue notificado al Banco el 23 de junio de 2016.

Adicionalmente, el artículo 1962 del Código Civil establece que la aceptación no tiene que ser expresa, basta que la aceptación se de con un “hecho que la suponga”, y en este caso

⁶ Castro de Cifuentes. *Ibid.*. P. 120

observamos un silencio por parte del Banco frente al rechazo expreso de la cesión, pero adicionalmente se observa que las razones por las cuales no se efectuó el pago a Network 1 fueron de índole operativa, más que jurídicas o porque existiera una voluntad del Banco clara en desconocer la cesión, más aún cuando venía acompañada de un endoso de la factura que soportaba dicho crédito.

Conforme lo anterior, la cesión cobró plena validez y era vinculante para el Banco demandado, sin perjuicio de que como doble seguridad del negocio se presentara un endoso posterior que conserva igualmente plena validez.

En consecuencia con todo lo anterior, se tiene que: a) No se efectuó una cesión de posición contractual, sino una cesión de derechos de cobro; y b) La notificación de la cesión de crédito es oponible plenamente frente a la demandada y en todo caso, se presentó una aceptación tácita de la misma, toda vez que la razón por la que la demandada realizó el pago a CONECTICS y no a NETWORK 1 fueron las demoras en los trámites referidas por la funcionaria Sandra Mejía y una presunta revocatoria de una “instrucción provisional” que desconoce los efectos jurídicos de la cesión de crédito notificada el 23 de junio de 2016 a ITAU CORPBANCA COLOMBIA por lo que se solicitan los reconocimientos y condenas establecidos en la demanda.

2. Frente al endoso de la factura No. 526 de 7 de octubre de 2016:

El a quo señaló expresamente que la no aceptación de la cesión de crédito de 22 de junio de 2016 repercute en la imposibilidad de endosar la factura, toda vez que cualquier cesión de derechos por parte de CONECTICS debía contar con la autorización de ITAU.

2.1.El análisis de la Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá

En el análisis por parte del a quo del endoso de la factura, inicia su consideración (minuto 24:00 del archivo denominado 33AudienciaParteII20211129), partiendo del reconocimiento de la factura No. 526 de 7 de octubre de 2016, la cual fue endosada en propiedad a favor de Network 1 International SAS, reconociendo que la notificación del endoso fue recibida por la entidad financiera.

Considera inicialmente, que conforme la legislación mercantil, el endoso debe realizarse en el mismo título valor, y se acepta que la factura fue presentada el día 11 de octubre de 2016 y el día 13 siguiente se radicó el endoso **“inobservándose que dicho documento debía radicarse a su vez con el título, es decir, debía ir factura y endoso”** (minuto 25:34)

Indica a continuación que el endoso no especificó que recaía sobre la factura 526 de 7 de octubre de 2016, tan solo se hizo mención a que se efectuaba un endoso en propiedad a favor de mi representada, concluyendo que no se evidencia correspondencia ni claridad si el endoso pertenecía a dicha factura o si pertenecía a cualquier otra acreencia entre las mismas partes.

De otro lado, concluye que la factura se emitió por un valor el cual difiere del valor objeto de reclamación por mi representada, que en todo caso es inferior al importe de la misma, indicando el despacho que dicho monto no se sabe cómo se liquidó, a pesar de que reconoce que la representante legal aceptó que ese era el valor que se le adeudaba a Conectics por parte de la demandada.

Parte de una supuesta inconsistencia entre el valor de la cesión de crédito y la factura, concluyendo que el valor de la cesión de crédito es superior a la suma reclamada en el litigio.

Adicionalmente, indica que el hecho de que la cesión del crédito no haya sido aceptada por la deudora es una circunstancia que repercute en el endoso de la factura, toda vez que cualquier transferencia de derechos que se pretendiera debía contar con la autorización expresa y por escrito de la demandada, lo cual se hace extensivo al endoso.

Argumenta que al haberse presentado la factura como prueba y no como título valor, al tratarse de un juicio declarativo y no ejecutivo, y que su eficacia se deriva de un negocio subyacente, argumentando erróneamente que dicho negocio subyacente corresponde a la deuda existente entre Conectics y mi representada, cuando la realidad es que el negocio subyacente a la factura es el contrato celebrado entre Conectics y Corpanca S.A. Expresamente manifiesta “sin dejar de lado que la factura se encontraba íntimamente ligada al contrato de cesión, por lo que el declive del segundo incide en la falta de eficacia de la primera” (minuto 29:00).

Procede a valorar el correo electrónico de 23 de febrero de 2017 emitido por Sandra Patricia Mejía, para concluir que dicha comunicación no se puede considerar como una aceptación expresa de la cesión ni del endoso, toda vez que la notificación del endoso es un comunicado en el que se menciona que se estaba haciendo un endoso, pero que no estaba acompañado de los otros documentos.

Finalmente reconoce y le da plena validez a la comunicación de 11 de noviembre de 2016 mediante la cual Conectics SAS solicita el pago de la factura.

Concluye que al Conectics no estar habilitado para ceder el crédito, tampoco podría ceder la factura, sin contar con la autorización escrita de la deudora. De esta forma, si hay un responsable por el pago de una suma de dinero no es la demandada.

2.2.La Sustentación del Error

a. El error al desconocer la factura como un título valor y su posibilidad de circular

En primer lugar, el a quo le quita todo valor probatorio a la factura como título valor, al considerar que por que se estaba en el escenario de un proceso declarativo y no ejecutivo, su valoración se hacía como un documento.

Lo anterior, permite al despacho desprender en todas sus conclusiones para quitarle la validez que le corresponde a la factura y al endoso efectuado sobre la misma. El hecho de que una factura se presente como prueba en un proceso declarativo, no significa que pierda su carácter de título valor así como sus características.

Habiendo señalado lo anterior, corresponde mencionar que la factura No. 526 de 7 de octubre de 2016 contaba con la totalidad de los requisitos contenidos en los artículos 774 del Código de Comercio y el artículo 617 del Estatuto Tributario, toda vez que: a) Está denominada expresamente como factura de venta; b) Cuenta con el nombre y N.I.T. del prestador del servicio; c) Cuenta con el nombre y N.I.T. del adquirente, junto con la discriminación del IVA.; d) Tiene número de consecutivo; e) Tiene una fecha de expedición; f) Incluye una descripción de los artículos vendidos o servicios prestados; g) Menciona el valor total de la operación; h) Indica el nombre y el N.I.T. del impresor de la factura; i) Indica su calidad de gran contribuyente, solicitando que no se practique retención de IVA e ICA; j) cuenta con fecha de vencimiento; y k) se encuentra recibida por el Banco.

En línea con lo anterior, la mencionada factura fue aceptada por el Banco y fue endosada conforme a documento de 13 de octubre de 2016 suscrito por Andrés Ribón González, representante legal de CONECTICS, que obra a folio 42 del expediente, en favor de NETWORK1, el cual cuenta con sello de recibido del banco. Al respecto, cabe señalar que la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA reconoció que esta notificación fue realizada ante el Banco en los términos antes señalados.

En la notificación mencionada, el representante legal de CONECTICS tildó el endoso de “irrevocable” en favor de NETWORK1 e impartió la siguiente orden: “En consecuencia, le solicitamos efectuar el pago de dicha obligación directamente a favor de NETWORK1 INTERNACIONAL SAS a la cuenta corriente No. 0074816029 del banco CITIBANK”. Así las cosas, no es de recibo lo señalado por la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA en su interrogatorio de parte en el sentido de señalar que el endoso antes mencionado era una “instrucción provisional” que podía ser revocada a mera voluntad de CONECTICS.

Conforme lo dispuesto en el párrafo del artículo 773 del Código de Comercio: *“La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.”*

De esta forma, se cumplió con los términos para la notificación, para lo cual bastaba con la información sobre la tenencia de la misma, información que se cumplió plenamente con la notificación que hizo el propio endosante de la factura el día 13 de octubre de 2016.

Obsérvese que el a quo desconoce e inobserva de plano la autonomía e independencia de los títulos valores respecto de los negocios subyacentes a ellos. Al respecto, debe observar el Despacho que las facturas son instrumentos llamados a circular en el comercio, razón por la

cual resulta totalmente infundada la afirmación de la demandada al señalar que la mencionada factura “no nació para circular”. Adicionalmente, la prohibición del endoso de una factura constituye una práctica restrictiva de la competencia, de acuerdo con el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, prohibición que, en todo caso es necesario resaltar, nunca existió.

- b. El error al asumir que para el endoso de la factura se requería la aceptación previa, expresa y por escrito de la demandada. El error en la determinación del negocio subyacente de la factura.**

Baste hacer mención al artículo 778 del Código de Comercio, que establece:

*“ARTÍCULO 778. OBLIGATORIEDAD DE ACEPTACIÓN DEL ENDOSO.
<Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> **Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.***

Únicamente para efectos del pago, se entiende que el tercero a quien se la ha endosado la factura, asume la posición del emisor de la misma.

En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código.

Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.

*PARÁGRAFO 1. <Parágrafo adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013. Rige a partir del 20 de febrero de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> **Toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia que será investigada y sancionada, de oficio o a solicitud de la parte afectada, por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000”***

Al respecto, obsérvese que, si bien dicha norma fue puesta de presente en los alegatos de conclusión del extremo activo, lo cierto es que el a quo omitió referirse a ella o a sus efectos en la sentencia impugnada.

Igualmente, se establece en el artículo 2.2.2.2.8 del DUR 1074 de 2015, lo siguiente:

*“ART. 2.2.2.2.8.—Endoso o cesión por parte del proveedor. El endoso de la factura de venta o la cesión de un crédito por el proveedor, surtirá efectos **no***

obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor que prohíba tal endoso o cesión (D. 2669/2012, art. 6º).”

Lo anterior es un error abrupto, teniendo en cuenta que las normas son claras en establecer los efectos del endoso y la obligatoriedad de aceptación por parte del deudor, tanto así que cualquier acto que impida la libre circulación de la factura es una práctica restrictiva de la competencia, situación que se podría enmarcar en un abuso por parte de la demandada, pero que claramente parte de una falta absoluta del a quo de aplicar el ordenamiento legal a una situación en concreto.

Abuso que en todo caso se complementa, en la confesión de la representante legal del banco, así como la señora Sandra Patricia Mejía, en el que manifiestan que el banco conserva el original de las facturas, aspecto prohibido por la norma comercial, puntualmente lo dispuesto en el artículo 772 del Código de Comercio.

Igualmente se observa claramente una contradicción en el interrogatorio de la representante legal del Banco en lo relativo a la prohibición del endoso, y al trámite que se le debió dar al mismo, toda vez que, si bien señaló que las cesiones y/o endosos son debidamente tramitados, lo cierto es que tanto la cesión como el endoso en favor de mi poderdante carecieron de trámite alguno por parte de la demandada.

c. El error al asumir que para la validez del endoso se debía anexar la factura endosada a la notificación.

En dos ocasiones, el a quo expresa en sus consideraciones que para que el endoso fuera válido, se debía adjuntar a la notificación del mismo, desconociendo abiertamente lo establecido en el parágrafo del artículo 773 del Código de Comercio:

*“PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, **el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.**”*

De esta forma, bastaba simplemente con que mi representada informara la tenencia a la demandada, aspecto que se cumplió plenamente con la notificación del endoso.

De esta forma el error del a quo es abrupto, al pretender concluir que el endoso no había producido efectos cuando no se adjuntó a su notificación la factura endosada.

d. El error en cuanto a la valoración de la cuantía reclamada

Argumenta el a quo que no tenía certeza sobre cuál era el valor reclamado por mi representada, teniendo en cuenta que la factura tenía un valor, que la cesión del crédito tenía otro valor y que se había establecido como pretensión otro valor diferente.

Frente a dicha inquietud, mi representada en ningún momento ha efectuado un cobro de una cifra superior al importe de la factura, ni al importe de la cesión de crédito o derecho de cobro. Se debe tener en cuenta que el valor de la pretensión, no pretende ser diferente al valor que le correspondía pagar a la demandada conforme a la factura endosada, siendo una valoración prudente y razonable.

Dicha valoración se obtiene después del requerimiento privado efectuado por mi representada a la demandada a través de derecho de petición, en el que la demandada nos informó que con dicha factura se amortizaba el anticipo, quedando sólo como valor pendiente de pago la suma de \$392.989.979, lo cual se encuentra probado en la comunicación de 26 de febrero de 2018 y la copia de la factura allegada por la demandada a mi representada (folios 51 y 52 del archivo 01Cuaderno Principal.pdf).

De esta forma, a pesar de que a mi representada se le había endosado la totalidad de la factura y que existía una cesión de crédito por un valor superior, era evidente que no se podría exigir una suma superior al valor pendiente de pago de la factura y por lealtad y prudencia así fue solicitado como pretensión en la demanda, más aún cuando la demandada podría proponer como excepción el pago parcial, lo cual desacreditaría una pretensión sobre la totalidad de la factura.

Es evidente la errónea valoración del despacho al concluir que el negocio subyacente a la factura era el documento de cesión de crédito, conclusión equivocada y desafortunada, toda vez que al desacreditar la oponibilidad de la cesión de crédito condenó la posibilidad de que se efectuara el endoso. Así lo manifiesta expresamente: *“sin dejar de lado que la factura se encontraba íntimamente ligada al contrato de cesión, por lo que el declive del segundo incide en la falta de eficacia de la primera”* (minuto 29:00).

Es evidente que el negocio subyacente a la factura no era la cesión de crédito. El negocio subyacente era el contrato celebrado entre Conectics y la demandada, por lo que la indebida aplicación del derecho ha llevado al a quo a emitir una decisión sin fundamento alguno.

e. El error al no valorar la culpa de la demandada en el no pago de una factura endosada

Finalmente, el despacho erra al no valorar la culpa de la demandada en el trámite que le dio tanto a la cesión de crédito como al endoso de la factura. Está probado en el proceso que frente a los documentos la demandada no le dio trámite alguno a las notificaciones efectuadas por Conectics de la cesión del crédito y del endoso de la factura.

Tampoco se valora adecuadamente el correo electrónico de 23 de febrero de 2017 emitido por Sandra Patricia Mejía Gómez (folio 44 del archivo 01Cuaderno Principal.pdf) que demuestra, no solo que el banco conocía del endoso (y de la cesión), sino que desconoce la obligatoriedad legal del endoso, escudándose en que la inscripción de mi representada como

proveedor del banco “*generaban una demora considerable*” para incumplir su obligación de pago directamente a mi representada.

Adicionalmente, pretender desconocer el valor de la notificación del endoso, para hacerlo pasar por una “instrucción provisional” que posteriormente fue revocada, demuestra claramente que la demandada actuó con culpa, estando en la obligación de responder por los perjuicios causados a mi representada.

Se insiste en que atendiendo a la naturaleza de entidad financiera de ITAU CORPBANCA COLOMBIA, le asistían deberes de conducta superiores que los exigibles a un comerciante común y corriente.

De esta forma, dicha comunicación prueba no solo que la demandada conocía el endoso, que estaba vinculado por el mismo y que por facilismo decidieron solicitar al endosante una instrucción de pago, sin ningún sustento jurídico, por lo que la demandada es responsable no solo por el valor reclamado por mi representada, sino por los perjuicios generados como consecuencia del daño generado a mi representada.

De esta manera, se advierte: a) Que no le era dable a ITAU CORPBANCA COLOMBIA prohibir la circulación de un título valor como lo es la factura No. 526 de 7 de octubre de 2016; b) Que la factura acredita todos los requisitos exigidos por los artículos 774 del Código de comercio y el artículo 617 del Estatuto Tributario; c) Que la factura fue endosada por CONECTICS a NETWORK1 el 13 de octubre de 2016; d) Que el endoso de la factura fue debidamente notificado a ITAU CORPBANCA COLOMBIA el 13 de octubre de 2016, como lo reconoció la representante legal de ITAU CORPBANCA COLOMBIA y conforme se observa en el documento que obra a folio 42 del expediente, el cual tiene el sello de recibido por parte de ITAÚ; y e) Que tener por “instrucción provisional” un endoso que fue tachado de “irrevocable” comporta una conducta antijurídica y de mala fe de ITAU CORPBANCA COLOMBIA en contra de NETWORK1, que, además de inobservar las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano, hace patente su incumplimiento en contra de mi poderdante.

Como consecuencia de todo lo anterior, se tiene que el endoso no solo existió, sino que adicionalmente fue válido y surtió efectos en la vida jurídica, razón por la cual el verdadero acreedor de la obligación a cargo de ITAU CORPBANCA COLOMBIA es NETWORK1 y no CONECTICS. En este contexto y teniendo en cuenta que a la fecha mi representada no ha recibido pago alguno de parte de ITAU CORPBANCA COLOMBIA, la obligación se encuentra insatisfecha, por lo que se solicitan los reconocimientos y condenas establecidos en la demanda.

En consecuencia, el pago efectuado por ITAU CORPBANCA COLOMBIA en favor de CONECTICS es un pago de lo no debido por haber sido realizado a una persona diferente al verdadero acreedor de la obligación, esto es, NETWORK1.

PETICIÓN

Con base en lo anterior, se solicita que se revoque la sentencia impugnada y se proceda a declarar la procedencia de las pretensiones incoadas en la demanda.

De la señora magistrada,



CAMILO RAMÍREZ ZULUAGA

C.C. 1.020.719.678 de Bogotá D.C.

T.P. 188.029 del C.S. de la J.

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: BERNARDO LÓPEZ

E. S. D.

Vía correo electrónico: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Copia: des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso verbal de EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. contra JAVIER IGNACIO CORMANE FANDIÑO, LUIS EDUARDO MORENO ROJAS, PROFUNDOS S.A.S., ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD.

Radicación: 110013109900220190046301

Asunto: Sustentación del recurso de apelación.

El suscrito, **JUAN PABLO GONZÁLEZ MEJÍA**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado especial de la sociedad **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** (en adelante, “EPS SOS” o “Mi Representada”) dentro del proceso de la referencia, en atención a lo dispuesto en el auto del 28 de enero de 2022 que fue notificado el 1° de febrero de 2022 y lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, de manera respetuosa presento la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** que se interpuso en contra de la sentencia que profirió la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades (en adelante, la

“Delegatura”) en la *audiencia de instrucción y juzgamiento* que se celebró el 2 de septiembre de 2021 dentro del trámite de la referencia. Lo anterior, en línea con los argumentos fácticos y jurídicos que se presentaron al momento de interponer el recurso de apelación después de conocida la sentencia.

Conforme con lo que se explicará a continuación, la sentencia debe ser revocada en segunda instancia, de tal forma que prosperen las pretensiones que formuló Mi Representada en contra de JAVIER IGNACIO CORMANE FANDIÑO, LUIS EDUARDO MORENO ROJAS, PROFUNDOS S.A.S., ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD en los términos que se exponen enseguida:

I. ANOTACIÓN PRELIMINAR

Encuentro oportuno precisar que Mi Representada formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto de pruebas que fue proferido por la Delegatura durante la audiencia inicial que se llevó a cabo 15 de julio de 2021. Dicho medio de impugnación fue concedido por parte del juez de primera instancia.

Sin embargo, aparentemente el recurso de apelación en contra del auto de pruebas del 15 de julio de 2021 no ha sido admitido y no ha sido decidido por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá.

En ese sentido, solicitamos que tal recurso se resuelva con anticipación al que aquí se sustenta.

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Sobre el incumplimiento de Javier Ignacio Cormane del deber consagrado en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 al participar en una situación de conflicto de interés sin agotar el trámite de autorización ante la asamblea general de accionistas.

Pese a la explicación que Mi Representada presentó en la demanda y en sus alegatos de conclusión y pese al acervo probatorio que obra en el expediente, la Delegatura determinó que las circunstancias del caso no fueron de la “entidad suficiente” para determinar la existencia de un conflicto de interés en cabeza de Javier Ignacio Cormane en la en la celebración, ejecución y supervisión de los contratos de consultoría con PROFUNIDOS S.A.S., ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD (en adelante, en conjunto, las “Sociedades Consultoras”).

Si bien para la Delegatura quedó acreditado que la sociedad LEAP INVESTMENT VENTURES INC. (en adelante, “LIV”), haciendo uso de las facultades contractuales derivadas del Acuerdo de Cogobierno, fue la entidad que designó al señor Javier Ignacio Cormane como Gerente General de la EPS SOS – lo cual evidencia la relación de dependencia existente entre Corma y LIV -, supuestamente no estuvo probada la relación y el vínculo existente entre LIV y las Sociedades Consultoras.

Ante la clara relación de dependencia entre LIV y Javier Ignacio Cormane, todo contrato que pretendiera celebrar la EPS SOS con LIV o con cualquiera de sus entidades vinculadas, implicaba un conflicto de interés en cabeza del señor Cormane en su condición de administrador y, por lo tanto, debía dar cumplimiento al deber consagrado en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Dado que, de conformidad con la Delegatura, sí quedó demostrada la relación de dependencia entre LIV y Javier Ignacio Cormane, en los argumentos que se exponen a continuación, haré mayor énfasis en el vínculo existente entre LIV y las Sociedades

Consultoras con el fin de evidenciar la situación de conflicto de interés objeto de este proceso.

En línea con lo que se manifestó al interponer el recurso de apelación que acá se sustenta, los argumentos esbozados por la Delegatura son equivocados y carecen de sustento tanto fáctico como jurídico por las siguientes razones:

1.1. Razones fácticas

Contrario a lo que consideró la Delegatura, sí existen –y se probaron– suficientes elementos que evidencian la configuración de un conflicto de interés en la celebración, ejecución, supervisión y terminación de los contratos con las Sociedades Consultoras en cabeza del señor Cormane.

Lo anterior, debido a: **(i)** la relación de dependencia entre Javier Ignacio Cormane y LIV y **(ii)** el vínculo entre LIV y las Sociedades Consultoras. Estas dos circunstancias, ocasionaron un verdadero riesgo de que el discernimiento de Javier Ignacio Cormane, en su condición de administrador de la EPS SOS, se viera comprometido.

A continuación, se exponen las pruebas y circunstancias que evidencian la relación de dependencia entre LIV y Cormane y el vínculo entre las tres (3) Sociedades Consultoras con LIV:

Relación de dependencia entre LIV y Cormane

- i.** La Delegatura de Procedimientos Mercantiles desarrolló la teoría de la “relación de dependencia”, según la cual existe un manifiesto conflicto de interés cuando un administrador participa en la celebración de contratos con quienes tengan una relación de dependencia.

Se configura una relación de dependencia cuando un sujeto tiene la facultad de remover libremente al administrador. Precisamente la posibilidad de ser removido genera el conflicto de interés en cabeza del administrador. Para el profesor Juan Antonio Gaviria, el conflicto de interés “(...) se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento.”¹

En otras palabras, es la potestad de remover y reemplazar en cualquier momento al administrador, lo que configura un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

Y ocurre, como en este caso, que la facultad de remover a los administradores puede derivarse tanto de los accionistas controlantes o mayoritarios, como de sujetos ajenos a la sociedad en virtud de una relación contractual determinada, en la cual los accionistas delegan la potestad de designar y remover a los administradores a favor de un tercero, quienes finalmente determinará quién ocupará el cargo de administrador al interior de una compañía.

- ii.** En este caso, la relación de dependencia se configuró en virtud del Acuerdo de Cogobierno celebrado entre COMFANDI y la EPS SOS. Este acuerdo regulaba la forma en la que se iba a administrar la EPS SOS teniendo en cuenta que LIV adquiriría el 51% de las acciones de ésta una vez obtenidas las aprobaciones regulatorias.

- iii.** Entretanto ello se perfeccionaba, COMFANDI le asignó a LIV la posibilidad de escoger tres miembros principales y dos suplentes de la Junta Directiva, así como la capacidad de indicar quien ocuparía el puesto de Gerente de la EPS SOS.

¹ Gaviria, Juan Antonio “Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano”. Revista de derecho privado. Universidad Externado. 2017. Tomado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5029/6855#info>

El numeral (iv) del literal b. de la cláusula octava del mencionado Acuerdo de Cogobierno, disponía lo siguiente:

“Gerente. LIV indicará a COMFANDI quién será el gerente de SOS EPS S.A. previa presentación a dicho accionista. COMFANDI se compromete a que tal designación se produzca en la forma prevista en los Estatutos de SOS EPS S.A.” (se resalta)

- iv. En tanto que LIV tenía la facultad de indicar quién sería el Gerente de la EPS SOS, y de reemplazarlo si a bien lo tuviera, naturalmente existía entre aquella y quien fuera que ocupara la posición de Gerente de la entidad una relación de dependencia.

No es cierto, tal y como quedó probado con los testimonios de Alejandra Jaramillo, Jacobo Tovar y Diego Briceño, que COMFANDI hubiera propuesto la designación de Javier Cormane, entre otras cosas, pues Cormane era parte del equipo negociador de LIV y no tenía relación alguna con COMFANDI. Lo anterior, de acuerdo con Delegatura, quedó probado en el proceso.

- v. Y es que aun bajo el supuesto de que no se hubiera acreditado la relación de dependencia entre LIV y Cormane, lo cierto es que existen suficientes elementos de juicio que dan cuenta de los vínculos entre LIV y Cormane, circunstancia que genera un claro riesgo de que el discernimiento de Cormane, en su condición de administrador de la EPS SOS, se viera comprometido en la celebración de contratos con entidades vinculadas a LIV, es decir, un conflicto de interés en cabeza de Cormane.
- vi. En verdad, el señor Cormane ha tenido vínculos con la sociedad LIV antes, durante y después de haber ocupado el cargo de Gerente de la EPS SOS.

Como prueba de estas relaciones, además de la declaración de parte del señor Cormane, está el pantallazo tomado del perfil de LinkedIn que obra en el expediente en el que consta que, entre mayo de 2018 y mayo de 2019, Javier Ignacio Cormane desempeñó, de manera simultánea, los cargos de administrador de la EPS SOS y de “Director de Desarrollo Estratégico” de LEAP INVESTMENT VENTURES, INC.

De acuerdo con los testimonios de Jacobo Tovar, Diego Briceño y Alejandra Jaramillo, el señor Cormane hizo parte del equipo negociador de LIV en las reuniones que se llevaron a cabo para la celebración del Acuerdo de Cogobierno y el Memorando de Entendimiento – situación que resulta de gran relevancia pues demuestra que Cormane conocía que, uno de los compromisos del Acuerdo de Cogobierno era contratar unas consultorías con unas sociedades afiliadas a LIV (las Sociedades Consultoras), punto sobre el cual profundizaré más adelante –.

Lo anterior, se confesó en la misma contestación de la reforma de la demanda del señor Cormane (Folio 10) al reconocer que: *“JAVIER IGNACIO CORMANE FANDIÑO participó como consultor externo en las negociaciones COMFANDI-LIV.”*

Resalto el hecho de que, según el interrogatorio de parte formulado al señor Cormane, el mismo confesó que actualmente se encuentra prestando servicios a favor de LIV.

- vii.** Así pues, tanto la relación de dependencia, como los vínculos existentes entre LIV y Cormane, representaron un verdadero riesgo de que su discernimiento se viera comprometido en la celebración, ejecución, supervisión y terminación de los contratos celebrados con las entidades vinculadas, directa o indirectamente, a LEAP INVESTMENT VENTURES INC.

- viii. Además, la clara posibilidad de que LIV adquiriera en el futuro inmediato el control sobre la EPS SOS era otra circunstancia que configuraba un verdadero riesgo de que el discernimiento del Cormane se viera comprometido, es decir, un conflicto de interés. En verdad, ante la clara expectativa de dicho cambio de control, que permitiría a LIV remover a toda la administración de la EPS SOS, y en especial al Cormane, se configuró claramente una situación que comprometía su discernimiento.

Vínculo entre LIV y las Sociedades Consultoras

- i. El Acuerdo de Cogobierno celebrado entre LIV y COMFANDI, en el literal d) de la cláusula octava, preveía la celebración de los contratos con las Sociedades Consultoras, en los siguientes términos:

“Contrato de Consultoría Gerencial. LAS PARTES acuerdan que SOS EPS S.A. está en una situación que requiere conocimiento, experiencia y talento humano, gerencial y administrativo, con los cuales actualmente no cuenta SOS EPS S.A., pero que puede ofrecer LIV actuando en una capacidad adicional a ser el inversionista. Como tal, después de firmar el MOU, LIV, en su nombre o a través de una entidad afiliada y asignada por LIV, y SOS EPS S.A. suscribirán un Contrato de Consultoría Gerencia Especializada dependiendo de las necesidades específicas identificadas por la gerencia.” (se resalta)

Y ocurre que precisamente en cumplimiento de dicha cláusula LIV, con la ayuda de Mayra Julieth Jiménez y Javier Ignacio Cormane, dispuso de tres (3) “entidades afiliadas” que servirían como vehículos económicos para la prestación de los servicios de consultoría previstos en el Acuerdo de Cogobierno. Estas entidades afiliadas eran: PROFUNIDOS S.A.S., ASESORES DE

SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD

ii. Sin embargo, lo anterior no solo quedó consagrado como una “simple facultad” que tenía LIV en el Acuerdo de Cogobierno, como equivocadamente lo sostuvo la Delegatura en la sentencia que dictó, sino que, además, las mismas contestaciones a la reforma de la demanda, reconocen el vínculo entre LIV y las Sociedades Consultoras, así:

- Contestación ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. (Folios 8 y 9): *“La contratación de la consultoría de ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE SAS fue prevista en el Acuerdo de Cogobierno aportado por la parte demandante, visibles en los folios 68 al 79, donde el controlante de la EPS SOS, COMFANDI, y un futuro accionista inversor denominado LEAP INVESTMENT VENTURES (LIV), establecen que ‘SOS EPS S.A. estaba en una situación que necesitaba conocimiento, experiencia y talento humano, gerencial y administrativo, con los cuales actualmente no contaba SOS EPS S.A.’ y que LIV en su nombre o a través de una entidad **afiliada** y asignada por LIV, y la EPS SOS ejecutarían un contrato de consultoría dentro de la EPS SOS, para la recuperación de esta entidad.”* (se resalta)
- Contestación PROFUNIDOS S.A.S. (Folio 23): *“En conclusión, el caso que se plantea era prácticamente imposible que se materializara un conflicto de intereses ya que desarrollo de las consultorías era un interés que debía señalado desde los acuerdos de cogobierno aprobados por la Asamblea de Accionistas, luego fueron autorizados y ordenados por la Junta Directiva y finalmente ejecutados por el representante legal del momento.”* (se resalta)

- Contestación Javier Ignacio Cormane (Folio 34): *“Si las consultorías, pactadas en los biacuerdos, no hubieran llenado las expectativas de la Junta Directiva, el presidente de la Junta Directiva y representante legal de la matriz COMFANDI no hubiera presentado la proposición de ‘Prima por Resultados’, que si bien incentivaba la efectividad de estos contratistas generaba un costo mayor para la EPS SOS S.A.” (se resalta)*

En este punto, resalto el hecho de que en la sentencia dictada, el Delegado para Procedimientos Mercantiles hace una lista de pruebas que tuvo en cuenta para determinar que supuestamente no existían elementos suficientes que acreditaran los vínculos entre LIV y las Sociedades Consultoras, sin embargo, en ningún momento menciona que hubiera tenido en cuenta las confesiones antes transcritas. Lo anterior, aun cuando mi Representada mencionó de manera clara y enfática estas circunstancias en los alegatos de conclusión y aun cuando la totalidad de los documentos citados hacen parte del expediente de este proceso (se trata de las contestaciones a la demanda).

- iii. De acuerdo con el testimonio de la señora Mayra Julieth Jiménez (rendido en la audiencia del 19 de agosto de 2021), el desarrollo de las tres (3) consultorías se presentó como una “sinergia empresarial” coordinada y dirigida por ella misma. Claramente, las sociedades PROFUNIDOS, ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD son las “entidades afiliadas” a LIV a las que se hace referencia en el Acuerdo de Cogobierno.
- iv. Quedó demostrado, además, que la señora Mayra Julieth Jiménez, accionista única de PROFUNIDOS S.A.S., estaba vinculada con LIV, de conformidad con los siguientes hechos:

- Participó, en calidad de abogada de LIV, en las modificaciones realizadas tanto al Acuerdo de Cogobierno como al Memorando de Entendimiento celebrado entre LIV y la EPS SOS. Esto quedó demostrado con el testimonio de Diego Fernando Briceño (rendido en la audiencia del 25 de agosto de 2021) y los correos electrónicos aportados por este testigo en los que se evidencia la participación de mayra.jimenez@leapinvestment.net en las modificaciones, ajustes y definición de las versiones definitivas de los documentos ya mencionados.
- Gestionó los contratos de consultoría de las tres (3) Sociedades Consultoras desde su correo electrónico de LIV. En el informe de la firma Ernst & Young aportado con el escrito de la reforma de la demanda, se evidencian los tres (3) correos electrónicos enviados por Mayra Julieth Jiménez – desde el correo electrónico mayra.jimenez@leapinvestment.net – a la señora Adriana María García Arce, gestionando los contratos de PROFUNIDOS, ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD.

Esto, además, fue confesado en el testimonio rendido por la misma Mayra Julieth Jiménez.

- De acuerdo con el testimonio de la misma Mayra Julieth Jiménez, ella además había sido contratada por la sociedad LEAP INVESTMENT VENTURES INC S.A.S. para la renovación de la matrícula mercantil, sociedad representada legalmente por Moisés Yalí Reyes (apoderado general de LEAP INVESTMENT VENTURES INC.).

Esta circunstancia evidencia la relación que Mayra Julieth Jiménez prestaba servicios recurrentemente, no solamente a LIV (en las negociaciones del Acuerdo de Cogobierno), sino también a sus sociedades vinculadas, a saber:

PROFUNIDOS, ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD y LEAP INVESTMENT VENTURES INC S.A.S.

v. Las Sociedades Consultoras no contaban con experiencia ni solidez patrimonial y, realmente, fueron utilizadas por LIV como vehículos para el desarrollo de los contratos de consultoría celebrados con EPS SOS:

- En relación con PROFUNIDOS S.A.S. se evidenció lo siguiente:

La sociedad fue constituida el 29 de junio de 2018 y el contrato con la EPS SOS se celebró el 10 de julio, es decir, tan solo 11 días después de haber sido constituida. La Junta Directiva otorgó autorización para la celebración de las consultorías el 9 de julio de 2018.

Como quedó probado con el interrogatorio formulado al señor Herney Camilo López Acosta, representante legal de PROFUNIDOS, la sociedad no tuvo ni ha tenido ningún tipo de operación adicional al contrato celebrado con la EPS SOS.

Además, el capital de PROFUNIDOS no ha superado los \$10.000.000.

No obstante, en virtud de la prórroga de este contrato, la EPS SOS terminó pagando a PROFUNIDOS S.A.S. un total de **\$1.819.137.460**. Esto de conformidad con el certificado de pagos emitido por el contador de la EPS SOS y que consta en el folio 1477 de la reforma de la demanda.

- En relación con ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. quedó acreditado lo siguiente:

Como ya se mencionó, la Junta Directiva otorgó autorización para la celebración de las consultorías el 9 de julio de 2018, pues bien, para esa fecha la sociedad ni siquiera había sido constituida. De acuerdo con el certificado de existencia y representación, se constituyó el 6 de agosto de 2018 y el contrato con la EPS SOS se celebró el 17 de agosto del mismo año, es decir, tan solo 11 días después de haber sido constituida.

Como quedó probado con el interrogatorio formulado al señor Iván Camilo Hernández Núñez, representante legal de ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE, la sociedad no tuvo ni ha tenido ningún tipo de operación adicional al contrato celebrado con la EPS SOS.

El capital de ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE no ha superado los \$5.000.000.

En virtud de la prórroga de este contrato y su respectiva prórroga, la EPS SOS terminó pagando ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. un total de **\$1.774.317.524**. Esto de conformidad con el certificado de pagos emitido por el contador de la EPS SOS y que consta en el folio 1477 de la reforma de la demanda.

- En relación con la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD se probó lo siguiente:

Para el momento en que la Junta Directiva otorgó autorización para la celebración de las consultorías, la asociación se encontraba disuelta y en proceso de liquidación. Incluso, para el 17 de agosto de 2018, fecha en la que se celebró el contrato de consultoría, la asociación no había inscrito el acta de reactivación en la Cámara de Comercio. El registro se realizó el 22 de agosto de 2018.

Como quedó probado con el interrogatorio formulado al señor Johan Esteban Mahecha Vega, representante legal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD, la asociación no tuvo ni ha tenido ningún tipo de operación adicional al contrato celebrado con la EPS SOS.

En virtud de la prórroga de este contrato, la EPS SOS terminó pagando a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD un total de **\$949.701.252**. Esto de conformidad con el certificado de pagos emitido por el contador de la EPS SOS y que consta en el folio 1477 de la reforma de la demanda.

- vi.** Lo cierto es que, para la contratación de las Sociedades Consultoras no se agotó ningún proceso de contratación, no hubo convocatoria previa y mucho menos se tuvo en cuenta su experiencia y la solidez patrimonial de las mismas.

- vii.** En verdad, de conformidad con el objeto de cada uno de los contratos de consultoría (que fueron aportados con el escrito de la reforma de la demanda), ninguno de ellos tenía un componente jurídico relevante. No obstante, sucede que la persona encargada de gestionar las tres (3) consultorías y coordinar la llamada “sinergia empresarial”, Mayra Julieth Jiménez, es abogada, especialista en derecho comercial y, según su testimonio, se desempeña y ejerce su profesión como abogada.

Todo esto, no es más que una prueba adicional de que Mayra Julieth Jiménez no contaba con la experiencia y conocimientos técnicos necesarios para coordinar la denominada “sinergia empresarial” entre las Sociedades Consultoras vinculadas a LIV, para la prestación de servicios a Mi Representada.

Los hechos y circunstancias descritos evidencian que las Sociedades Consultoras no eran más que vehículos de fachada creados por LIV, con la ayuda de Mayra Julieth Jiménez, para extraer recursos de Mi Representada, sin que se evidenciara una verdadera contraprestación o beneficio para la EPS SOS por las sumas pagadas a las Sociedades Consultoras.

Pese a todas las evidencias descritas y a todas las pruebas que se encuentran en el expediente del proceso, la Delegatura únicamente encontró probado lo siguiente:

- Que Javier Ignacio Cormane tuvo una relación profesional con LIV.
- Que LIV tuvo una relación profesional de asesoría con Mayra Julieth Jiménez.
- Que Mayra Julieth Jimenez fue representante legal y es única accionista de PROFUNIDOS S.A.S.

A partir de lo anterior, sorprende y llama mucho la atención el hecho de que la Delegatura hubiera hecho caso omiso a todo el acervo probatorio que obra en el expediente, en especial, a las confesiones realizadas por las Sociedades Consultoras y el mismo Javier Ignacio Cormane acerca de los vínculos y relación existente entre LIV y las Sociedades Consultoras y, por supuesto, entre LIV y Cormane.

Es a todas luces evidente que, de haber considerado y tenido en cuenta la totalidad de las pruebas ya mencionadas, la Delegatura hubiera llegado a una conclusión diferente a la que consta en la sentencia que profirió, en punto de haber declarado el conflicto de interés en cabeza de Javier Ignacio Cormane en la celebración, supervisión, ejecución y terminación de los contratos con las Sociedades Consultoras.

1.2. Razones jurídicas

El deber incumplido por parte de Javier Ignacio Cormane Fandiño, en su condición de administrador de la EPS SOS, es el consagrado en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que reza lo siguiente:

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

Para la Delegatura *“no parece ser suficiente como para que se entienda que el señor Cormane tiene interés en que se contratara a estas personas”*. (se resalta). Además, según la sentencia *“no son indicios con la suficiente fuerza como para generar la existencia de una circunstancia que nublara el juicio objetivo del administrador.”*

Según la parte considerativa de la sentencia, para la configuración del conflicto de interés, era necesario entonces que Cormane tuviera un interés particular en que se contratara a las Sociedades Consultoras, lo cual, como procederé a explicar enseguida, resulta contrario a la normativa y jurisprudencia en la materia.

Lo cierto es que basta con que se genere un **riesgo** de que el disentimiento del administrador se vea comprometido para que se considere que existe un conflicto de interés. En otras palabras, no es necesario que el administrador tenga un interés propio y directo en la operación o negocio que configura el conflicto de interés, sino

que basta con que exista el riesgo de que su juicio se pueda ver comprometido, ya sea por interés personal como por un interés indirecto o de un tercero.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades y la Jurisprudencia han establecido una definición general de lo que se entiende por conflictos de interés, así como una serie de eventos, no taxativos, que constituyen una situación de conflicto de interés para un administrador.

Así, existe conflicto de interés cuando *“el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero **riesgo** de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.”* (se resalta)

El artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1974 de 2015 (que subrogó el Decreto 1925 de 2009), establece claramente lo siguiente *“**El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responderá solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados, con el propósito de lograr, de conformidad con la ley, la reparación integral.**”*

De lo anterior se concluye que (i) el conflicto de interés surge tan solo la existencia de un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se pueda ver comprometido y que (ii) el interés conflictuado puede ser tanto propio como de un tercero.

La jurisprudencia de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades también se ha mantenido en línea con lo anterior:

En la sentencia No. 800-52 del 14 de septiembre de 2014 (caso Luque Torres Ltda., en liquidación):

*“El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que **pueda nublar su juicio objetivo** en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen **un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.**”* (se resalta)

Así mismo, esa misma Delegatura desarrolló la teoría de la “relación de dependencia”², según la cual existe un manifiesto conflicto de interés cuando un administrador participa en la celebración de contratos con quienes tengan la posibilidad de removerlos de sus cargos.

En efecto, en sentencia No. 800-142 del 9 de noviembre de 2015, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles se pronunció en el siguiente sentido:

*“Debe entonces insistirse en que **la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios de una compañía le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio.** En efecto, la relación de dependencia que existe entre administradores y controlantes es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de aquellos funcionarios en el curso de una operación determinada. **Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. De suerte que los administradores que se propongan participar en operaciones con los asociados controlantes deberán surtir el trámite de***

² Sobre esta teoría se pueden encontrar, por ejemplo, la Sentencia No. 800-129 del 19 de diciembre de 2017, Sentencia No. 800-94 del 03 de octubre de 2017; Sentencia No. 800-142 del 9 de noviembre de 2015; entre otros.

autorización contemplado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 para los conflictos de interés.” (se resalta).

Haciendo alusión a la teoría de la “relación de dependencia”, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, señala como un evento de conflicto de interés *“Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales tenga una relación de dependencia.”*

Y es que de conformidad con el artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1074 de 2015, *“El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responderá solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados, con el propósito de lograr, de conformidad con la ley, la reparación integral.”* (se resalta)

Ahora, según lo prescribe el artículo 2.2.2.3.5. del Decreto 1074 del 2015, el incumplimiento del deber consagrado en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, vicia de nulidad absoluta los actos ejecutados en una situación de conflicto de interés sin la autorización de la asamblea general de accionistas, circunstancia que da lugar a las restituciones mutuas. Esta norma, señala lo siguiente:

“Artículo 2.2.2.3.5. Declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral r del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe.”

declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio. (...)” (se resalta)

En este caso, ocurrió lo siguiente:

- Entre Javier Ignacio Cormane y LIV, existía una clara relación de dependencia en la medida en que LIV tenía la facultad contractual de nombrarlo y removerlo en cualquier momento de su cargo como Gerente (y administrador) de la EPS SOS.
- Así, la participación de Javier Ignacio Cormane en cualquier negocio que celebrara la EPS SOS y LIV o las Sociedades Consultoras (como compañías vinculadas a LIV), implicaría un conflicto de interés para Cormane en tanto que se generaba un choque entre (i) el deber de velar por los intereses de la EPS SOS y (ii) el interés de obtener las mejores condiciones del negocio a favor de las Sociedades Consultoras / LIV para garantizar su permanencia en el cargo de Gerente de la EPS SOS – ya que, de no privilegiar los intereses de Mi Representada, se generaba la posibilidad de que LIV lo removiera de su cargo.
- El solo riesgo de que Javier Ignacio Cormane pudiera privilegiar los intereses de las Sociedades Consultoras afiliadas a LIV sobre los intereses de la EPS SOS como entidad a la cual administraba, dio lugar a la obligación en cabeza de Cormane de solicitar autorización por parte de la asamblea general de accionistas de la EPS SOS para poder participar en la celebración, ejecución, supervisión y terminación de los contratos con las Sociedades Consultoras.

- No obstante, tal y como se evidencia en el libro de actas de la asamblea general de accionistas de EPS SOS que obra en el expediente del proceso, tal autorización nunca fue solicitada por parte de Javier Ignacio Cormane y mucho menos fue concedida por el máximo órgano social de Mi Representada. En verdad, la autorización para la participación en situaciones que implican un conflicto de interés para el administrador requiere de la manifestación previa y expresa por parte de la asamblea general de accionistas de manera que se garanticen los derechos de los accionistas minoritarios.
- Ante la ausencia de la mencionada autorización, los contratos con las Sociedades Consultoras, en los cuales participó Cormane, se encuentran viciados de nulidad absoluta, según claramente establece el artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 10745 de 2015.

Como consecuencia de la nulidad absoluta de los contratos celebrados con las Sociedades Consultoras, el Tribunal deberá ordenar las restituciones mutuas procedentes, de manera que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes de la celebración de los contratos con las Sociedades Consultora.

Tales restituciones corresponden a las sumas pagadas por la EPS SOS a PROFUNIDOS S.A.S., ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD, tal y como se planteó en las pretensiones de la demanda, sumas de las cuales el demandado Cormane es responsable si las Sociedades Consultoras no las devuelven en virtud del citado artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1074 de 2015.

Dichas restituciones, en los términos del Decreto señalado, no serían procedentes si las Sociedades Consultoras hubieran obrado de buena fe y Mi Representada hubiera obtenido algún beneficio de las mismas.

Pero precisamente las Sociedades Consultoras no fueron terceros de buena fe. Como quedó demostrado en el proceso y explicado en el numeral 1.1. “Razones fácticas”, las Sociedades Consultoras fueron constituidas como vehículos fachada para extraer recursos de manera ilegítima de la EPS SOS. Lo cierto es que, con la dirección y administración de Javier Ignacio Cormane como Gerente de la EPS SOS (designado por LIV), resultó fácil para LIV consolidar las relaciones contractuales entre las Sociedades Consultoras y Mi Representada.

Como es evidente, para la contratación de las Sociedades Consultoras no se tuvieron en cuenta factores de solidez patrimonial o experiencia de las mismas entidades o de sus dueños. Finalmente, como era de esperarse, Mi Representada no obtuvo beneficio alguno de tales consultorías.

De conformidad con los estados financieros corte a diciembre 31 de 2018 – periodo de la administración de LIV a través de Cormane y periodo en el que estaban las Sociedades Consultoras –, se evidenció que de no haber sido por el denominado ‘escudo fiscal’, las pérdidas de la EPS SOS hubieran sido superiores a las del año 2017. La misma conclusión se desprende de los testimonios de los señores Harold Perea (audiencia 19 de agosto de 2021), Jacobo Tovar y Diego Briceño (audiencia del 25 de agosto de 2021).

No existe dentro del expediente soporte que demuestre un resultado concreto material de los servicios que supuestamente debían prestar las Sociedades Consultoras a favor de la EPS SOS.

Las únicas pruebas que allegaron los demandados carecen de la virtualidad para demostrar el cumplimiento de las funciones o tareas que les correspondían en virtud de los contratos de consultoría celebrados. Se trató de documentos e informes que ni siquiera aparecen como recibidos por la EPS SOS. En ese sentido, es importante

resaltar que los funcionarios de Mi Representada que atestiguaron dentro de este proceso manifestaron desconocer por completo la existencia de tales documentos.

De otra parte, en punto de los informes de ejecución suscritos por el señor Cormane, su objetividad es más que cuestionable por el conflicto de interés antes mencionado. A ello se suma su muy escueto contenido, que no da cuenta de tareas concretas realizadas y mediciones respecto de las mismas, sino que se limita a hacer constar el supuesto cumplimiento de las labores contratadas.

Concretamente, para intentar sustentar un supuesto cumplimiento de los contratos, las Sociedades Consultoras (ver, por ejemplo, páginas 20 y 21 de la contestación de la demanda de PROFUNIDOS S.A.S.) alegan lo siguiente:

- a. “Que Mi Representada concedió una prima de resultados”. Lo anterior, no demuestra un cumplimiento de los contratos, mucho menos unos resultados positivos para la EPS SOS. Lo cierto es que esta prima fue aprobada como medio de pago, en caso de llegarse a obtener unas metas concretas por parte de las Sociedades Consultoras. En todo caso, no existe prueba de que esa prima de resultados se hubiera pagado.
- b. “Que la EPS SOS prorrogó los contratos de consultoría”. Pues bien, sucede que esa prórroga fue aprobada por el Gerente General, Javier Ignacio Cormane Fandiño. Lo anterior, tampoco evidencia ningún tipo de cumplimiento o resultado beneficioso para Mi Representada como consecuencia de los servicios contratados.
- c. “Que el Comité de Contraloría reconoció la importancia y necesidad de las consultorías.” Nuevamente, una cosa es la necesidad de unas consultorías por la situación financiera en la que se encontraba Mi Representada y otra cosa muy distinta son los resultados obtenidos por la EPS SOS a partir de los contratos

celebrados con las Sociedades Consultoras, resultados de los que, insisto, no existe prueba alguna.

Dada la ausencia de prueba alguna que demuestre la prestación de los servicios por los cuales fueron contratadas y la clara violación al régimen en materia de conflictos de interés por parte de Javier Ignacio Cormane, en el presente caso es procedente la devolución de las sumas pagadas por Mi Representada a las Sociedades Consultoras.

En materia de restituciones mutuas, la Superintendencia de Sociedades a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que ‘declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada.’ En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, ‘el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios.’”³ (se resalta)

³ Caso El Zarzal S.A. en contra de Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal. Sentencia https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/MD_R_espID298.pdf

En el caso Almacenes Yep S.A. contra Promotora de Construcciones Inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes, por ejemplo, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles decretó el reintegro de las sumas entregadas en virtud de un contrato de promesa de compraventa en violación al régimen de conflictos de interés.

En atención a las razones expuestas, el juez de segunda instancia debe proceder con la declaratoria de nulidad de los contratos con las Sociedades Consultoras como consecuencia de la violación del régimen colombiano en materia de conflictos de interés por parte del anterior administrador de la EPS SOS, el señor Javier Ignacio Cormane. Derivado de la declaratoria de nulidad, el Tribunal deberá ordenar las restituciones ya mencionadas a favor de Mi Representada.

2. Sobre el incumplimiento de Luis Eduardo Moreno Rojas de los deberes que le correspondían como administrador de la EPS SOS de conformidad con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

La Delegatura negó las pretensiones alegando que la labor de supervisión que le correspondió al señor Moreno en virtud del contrato no es propia del administrador, sino que es una labor que realiza como un simple empleado de la sociedad. Esto, sin entrar en mayor detalle sobre cuáles son las funciones y deberes propios de un administrador y haciendo alusión a un ejemplo que en nada se relaciona con las circunstancias fácticas y jurídicas del presente proceso.

A continuación, se transcribe el ejemplo en el cual se basó la Delegatura para sustentar su decisión:

“Yo quiero hacer un ejemplo, una mera ilustración y por supuesto no tiene que ver con el caso concreto en sí, pero si para que entendamos cual es el caso: El gerente de una compañía, se sube a un carro de la compañía para ir a una

reunión de trabajo y mete reversa, destruye un equipo de la compañía y entonces el señor gerente se hace responsable de la destrucción del carro. Y aquí viene la pregunta ¿esto es responsabilidad del administrador? ¿es una situación que debe llevarse ante el juez societario en este caso la Superintendencia o el juez civil del circuito, pero en una acción social de responsabilidad? ¿o es una situación diferente? Y es que aquí nos encontramos en que no es una actuación del administrador. Si bien él es un administrador, su actuación, la razón que lleva a generar su responsabilidad no es la de un administrador sino la de un empleado cualquiera. Entonces bajo esa circunstancia, no podría entenderse que se cumple con los requisitos subjetivo y objetivo, solamente se cumple el subjetivo y en esa medida no se puede hablar de responsabilidad del administrador.

Aquí en este caso ocurre algo similar. Como lo pudo establecer este despacho, la responsabilidad por la supervisión de los contratos en la EPS no era una función de los administradores, era una función del personal, no necesariamente directivo de la sociedad.”.

Lo anterior representa un grave yerro en el entendimiento de la Delegatura sobre el caso objeto del presente proceso. Por supuesto que el daño ocasionado al carro de una compañía por un administrador como consecuencia de un accidente automovilístico no es objeto del régimen especial de responsabilidad aplicable a los administradores. En ese caso el administrador no se encontraba ejerciendo ninguna de las funciones que le impone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Sin embargo, en el caso del señor Luis Eduardo Moreno, al revisar los deberes de los administradores, se encuentra que, en efecto, al señor Moreno le correspondía cumplir con el deber de supervisión sobre los contratos celebrados con KMP CONSULTING S.A.S.

El contrato GGE-16-10-2018-24 celebrado entre la EPS SOS y la sociedad KMP CONSULTING S.A.S. el 22 de octubre de 2018, que disponía expresamente lo siguiente: *“La supervisión de este contrato estará a cargo de la **subgerencia financiera y administrativa**, cargo que en la actualidad es desempeñado por Luis Eduardo Moreno Rojas C.C. 79.506.649.”*

Y ocurre que el cargo de subgerente financiero de la EPS SOS es precisamente un cargo propio de un administrador. De ser cierta la conclusión a la cual llegó la Delegatura, la supervisión del contrato no hubiera estado atada al cargo de un administrador, sino de un empleado cualquiera de la EPS SOS. Incurrió en error la Delegatura al determinar que *“la responsabilidad por la supervisión de los contratos en la EPS no era una función de los administradores, era una función del personal, no necesariamente directivo de la sociedad.”*

Claramente era una función que le correspondía al administrador que ocupara el cargo de subgerente financiero y administrativo de la EPS SOS y, en esa medida, la responsabilidad del señor Moreno se debe analizar bajo el régimen colombiano de responsabilidad de los administradores consagrado en la Ley 222 de 1995.

Es evidente que, en sus funciones como administrador de la EPS SOS, Luis Eduardo Moreno Rojas debía supervisar el contrato GGE-16-10-2018-24 celebrado entre la EPS SOS y la sociedad KMP CONSULTING S.A.S.

Nuevamente llama la atención el hecho de que la sentencia proferida carece por completo de fundamentos jurídicos que sostengan la posición acogida por la Delegatura. Basta con remitirse a las normas que regulan el régimen de responsabilidad de los administradores de una sociedad para concluir que, en efecto, a Luis Eduardo Moreno le correspondía la supervisión del contrato con KMP CONSULTING S.A.S. en su condición de administrador.

Respecto de los deberes y funciones de los administradores, el artículo 23 de la ley 222 de 1995 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 23. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.” (se resalta)*

De un lado, encontramos el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, el cual no es más que el deber de obrar con el cuidado esperado de un hombre conocedor de los negocios en el desarrollo de las actividades económicas de una sociedad. En el caso particular, Luis Eduardo Moreno debió hacer una revisión juiciosa de la ejecución y desarrollo del contrato celebrado con KMP CONSULTING S.A.S. para tomar las medidas necesarias con el fin de evitar mayores detrimentos en el patrimonio de la EPS SOS.

De otro lado, está el deber específico de “*Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*” En palabras del profesor Francisco Reyes Villamizar, el alcance de este deber específico se traduce en lo siguiente:

“El vocablo velar significa observar atentamente. Así, el administrador tiene también un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obvia obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en la de sus subalternos. Esta norma comprende, en cierta medida, la consagración de la tesis de la culpa in vigilando. Ésta, como es sabido, acarrea también un deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores y que, por tanto, actúan a menudo con sujeción a las órdenes impartidas por aquéllos Con ello se procura un mayor rigor en la supervisión de las labores de dependientes y subalternos.”⁴ (se resalta)

Los deberes mencionados implican, sin lugar a duda, una supervisión y vigilancia de los contratos celebrados por la EPS SOS, máxime si se tiene que la función está consagrada de manera expresa en el contrato. No obstante, tal y como quedó

⁴ Reyes Villamizar, Francisco (2020). Derecho Societario. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Temis. Págs. 706 y 707.

evidenciado en el proceso, Luis Eduardo Moreno incumplió estos deberes, propiciando así un detrimento en el patrimonio de Mi Representada.

De acuerdo con la cláusula primera de ese contrato *“El objeto del presente contrato es que EL CONTRATISTA realice: auditoría, depuración, consolidación y liquidación de cuentas por pagar de prestadores de salud con corte a agosto 31 de 2018; así como la conciliación y negociación con los mismos, si hubiese lugar a ello.”*

No obstante, tal y como lo informó el señor Jairo Vargas en su testimonio (audiencia del 25 de agosto de 2021) y como consta en el acta 280 de la Junta Directiva de la EPS SOS, durante la ejecución del contrato con KMP CONSULTING S.A.S., le dieron vigencia a cuentas por cobrar que ya habían sido previamente auditadas y conciliadas.

Además, como si fuera poco, se auditaron facturas que ya habían sido devueltas por incumplimiento de requisitos legales. También, se auditaron cuentas que no hacían parte de los pasivos de la EPS SOS, lo cual claramente constituía una condición contractual ineludible.

Esto coincide con lo señalado en el testimonio de los señores Harold Perea (audiencia del 19 de agosto de 2021), Jacobo Tovar, Diego Briceño y José Fernando Montes (audiencia del 25 de agosto de 2021), y sin que hubiera sido desvirtuado en el proceso por el señor Moreno.

Lo cierto es que, de haber desempeñado bien su rol como administrador de la EPS SOS en relación con la vigilancia sobre el contrato celebrado con KMP CONSULTING S.A.S., no se hubieran generado las mencionadas irregularidades. Al menos, el señor Luis Eduardo Moreno debió dejar constancia de tan evidentes hallazgos.

No obstante, en el expediente no obra prueba de la advertencia que debió realizar el señor Moreno frente a las irregularidades presentadas en el desarrollo del contrato con KMP CONSULTING S.A.S.

Lo mismo ocurrió con el contrato CPS-18-07-2018-17 el cual suscribió el señor Moreno en calidad de representante legal suplente y que, como quedó demostrado, no aportó beneficio alguno para la EPS SOS.

Estas omisiones negligentes son conductas manifiestamente contrarias al deber de diligencia de un buen hombre de negocios exigible a un administrador social, así como a su deber de lealtad que se traduce en la tarea de velar por los intereses de la EPS SOS, que resultaron vulnerados en favor de los de KMP CONSULTING S.A.S.

Por dichos contratos, la sociedad EPS SOS pagó a KMP CONSULTING S.A.S. un total de **\$798.973.408**. Esto de conformidad con el certificado de pagos emitido por el contador de la EPS SOS y que consta en el folio 1477 de la reforma de la demanda.

En conclusión, el señor Moreno incumplió los deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que como administrador de la EPS SOS le correspondían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. También con el deber consagrado en el numeral 2° de la misma norma.

Por las razones expuestas, el Tribunal deberá decretar el incumplimiento de los deberes como administrador por parte de Luis Eduardo Moreno Rojas en la supervisión del contrato GGE-16-10-2018-24 celebrado entre la EPS SOS y la sociedad KMP CONSULTING S.A.S., así como por el contrato CPS-18-07-2018-17 suscrito entre Mi Representada y KMP CONSULTING S.A.S. Como consecuencia de lo anterior, el juez de segunda instancia deberá ordenar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes mencionados, que corresponden a las sumas pagadas a KMP CONSULTING S.A.S.

3. Sobre la pretensión subsidiaria consistente en el incumplimiento del deber general de supervisión de los contratos celebrados con las tres (3) Sociedades Consultoras por parte de Javier Ignacio Cormane Fandiño.

Según la parte considerativa de la sentencia impugnada, para analizar si hubo o no incumplimiento de los deberes generales de Javier Ignacio Cormane en su condición de administrador de la EPS SOS frente a los contratos celebrados con las Sociedades Consultoras, era necesario analizar si existió un incumplimiento en la ejecución de los contratos de consultoría por parte de PROFUNIDOS S.A.S., ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD.

Sin embargo, según la sentencia, la Delegatura carece de competencia para analizar si existió tal incumplimiento por parte de las Sociedades Consultoras. La anterior, es una conclusión equivocada, pues el incumplimiento de los contratos de consultoría, y la pasividad del demandado frente a dicho incumplimiento, es un tema inescindible a la responsabilidad de Javier Ignacio Cormane como administrador de la EPS SOS.

En verdad, hay elementos de juicio suficientes para determinar que las Sociedades Consultoras, NO prestaron los servicios para los cuales fueron contratados. Lo único que existe, son unos levísimos indicios de que esas entidades tenían unas personas que estuvieron al lado del Gerente Cormane durante un tiempo no determinado.

Lo cierto es que estas consultorías no aportaron beneficio alguno para la EPS SOS. En el acta No. 55 del 27 de marzo de 2019 de la asamblea general de accionistas en la cual se aprobaron los estados financieros con corte a diciembre 31 de 2018, se evidenció que de no haber sido por el denominado ‘escudo fiscal’, las pérdidas de la EPS SOS hubieran sido superiores a las del año 2017. Incluso, en el punto 5.1.1. del orden del día “Dictamen de la contraloría de la Superintendencia Nacional de Salud

con funciones de revisoría fiscal.”, se hacen serios cuestionamientos acerca de la conveniencia de ese ‘escudo fiscal’.

La misma conclusión se desprende de los testimonios de los señores Harold Perea (audiencia del 19 de agosto de 2021), Jacobo Tovar, Diego Briceño y José Fernando Montes (audiencia del 25 de agosto de 2021).

No existen en el expediente prueba que acredite que las Sociedades Consultoras prestaron sus servicios, mucho menos de que lo hicieron en debida forma.

Como se mencionó en el numeral 1 anterior, las únicas pruebas que allegaron los demandados carecen de la virtualidad para demostrar el cumplimiento de las funciones o tareas que les correspondían en virtud de los contratos de consultoría celebrados. Se trata de documentos e informes que ni siquiera aparecen como recibidos por la EPS SOS y, por el contrario, los funcionarios de Mi Representada desconocen por completo la existencia de estos documentos.

Ciertamente resulta cuestionable la objetividad de dichos informes de ejecución, pues son realizados por las mismas entidades consultoras. Los demandados hacían también referencia a unos informes de interventoría aportados con la demanda. Pues bien, esos informes de interventoría precisamente son firmados por el señor Cormane.

Uno de los argumentos que presentó la entidad demandada para alegar el cumplimiento de los contratos de consultoría es la prórroga de dichos contratos y la aprobación de una prima de consultorías por parte de la Junta Directiva de la EPS SOS. Sin embargo, esos factores no tienen la virtualidad para demostrar un cumplimiento por parte de las Sociedades Consultoras. Como quedó demostrado, la prima aprobada por la Junta Directiva NO se debió a unos buenos resultados, sino a la imposición de unas metas para las Sociedades Consultoras por parte de la administración de la EPS SOS. De cumplirse esas metas, entonces habría lugar al pago de las primas. Se precisa,

además, que no existe prueba en el expediente que acredite que esas primas en efecto fueron pagadas.

Más allá de eso, como quiera que se trata de una negación indefinida por parte de Mi Representada, correspondía a las demandadas, particularmente a Javier Ignacio Cormane, demostrar que las labores contratadas sí fueron ejecutadas, circunstancia que no se acreditó en el proceso.

Como consecuencia de todo lo anterior, en caso de que el Tribunal no encuentre procedentes las pretensiones relacionadas con el conflicto de interés en cabeza del señor Cormane, el juez de segunda instancia deberá declarar el incumplimiento de los deberes generales de supervisión de Javier Ignacio Cormane respecto de los contratos celebrados con las Sociedades Consultoras.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal deberá ordenar al señor Cormane el pago a favor de la EPS SOS de las sumas entregadas a las Sociedades Consultoras para la ejecución de los contratos que resultaron perjudicando gravemente el patrimonio de Mi Representada.

4. Sobre la demanda de llamamiento en garantía formulada por Luis Eduardo Moreno en contra de CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A.

Incurrió en un error la Delegatura al considerar que, teniendo en cuenta las coberturas y exclusiones de la póliza de Directores y Administradores, el asunto que nos ocupa, no se encuentra amparado por el contrato de seguro suscrito entre COMFANDI y CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A.

Para sustentar esa posición, la Delegatura afirma que *“los beneficiarios de la póliza como están establecidos en la demanda son los terceros y en este caso es una responsabilidad del administrador de la sociedad que le causó perjuicios a esta.”*

Así, la Delegatura pierde de vista que la sociedad EPS SOS, si bien es subordinada de COMFANDI (tomadora del seguro), también es un tercero frente al administrador Luis Eduardo Moreno que ocasionó perjuicios a Mi Representada con el incumplimiento de los deberes ya mencionadas.

No se puede pretender que tanto COMFANDI como un administrador de la EPS SOS sean tomados como parte de una misma entidad tomadora del seguro de responsabilidad de Directores y Administradores. En verdad, la EPS SOS es un tercero frente a sus administradores los cuales, por supuesto, pueden ocasionar graves perjuicios a la sociedad que administran y a los accionistas de esta.

Así las cosas, no puede ser de recibo para el juez de segunda instancia la conclusión a la cual llegó la Delegatura. Como consecuencia, el Tribunal deberá aceptar las pretensiones de la demanda de llamamiento en garantía de Luis Eduardo Moreno dado que la póliza contratada por COMFANDI en su condición de matriz de la EPS SOS tiene cobertura para el presente caso.

5. Sobre las costas y agencias en derecho.

La Delegatura decretó las siguientes costas en contra de Mi Representada y a favor de los demandados:

5.1. A favor de las Sociedades Consultoras

La Delegatura condenó a Mi Representada a pagar a favor de cada una de las tres (3) Sociedades Consultoras lo siguiente:

- A favor de PROFUNIDOS S.A.S. la suma de **\$2.500.000**.

- A favor de ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S. la suma de **\$2.500.000.**
- A favor de ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD la suma de **\$2.500.000.**

5.2. A favor de Javier Ignacio Cormane Fandiño

La Delegatura condenó a Mi Representada a pagar a favor de Javier Ignacio Cormane Fandiño la exorbitante suma de **\$50.000.000.**

Se destaca que en el fallo recurrido no se justificó de ninguna manera esta suma.

5.3. A favor de Luis Eduardo Moreno Rojas

La Delegatura condenó a Mi Representada a pagar a favor de Luis Eduardo Moreno Rojas la suma de **\$10.000.000.**

De conformidad con la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 6 de agosto 2019 del Consejo de Estado, identificada con radicado No. 15001-33-33-007-2017-00036-01, se entiende por costas procesales lo siguiente:

“Las costas procesales son aquella erogación económica que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, que se compone de las i) expensas y las ii) agencias en derecho. (...) Las primeras responden a los gastos necesarios para tramitar el proceso, tales como son el valor de copias, publicaciones, impuestos de timbre, honorarios de peritos, honorarios de auxiliares de la justicia, gastos de desplazamiento por diligencias fuera del despacho judicial, gasto de traslado de testigos, por citar algunos ejemplos. (...) Las segundas -agencias de derecho-, obedecen a la suma que el juez debe ordenar en beneficio de la parte favorecida con la condena en costas, para

reconocerle los costos afrontados por la representación de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a la causa.”

Así, en lo que respecta a las expensas, estas no podrían suponer un valor significativo teniendo en cuenta que el proceso se llevó a cabo, en su gran mayoría, de manera virtual. En verdad, en el proceso que nos ocupa no se llevaron a cabo diligencias por fuera del Despacho, tampoco fueron decretados peritajes o inspecciones judiciales que hubieran implicado el desplazamiento de los agentes en el proceso. Por tal motivo, los gastos judiciales en ese sentido fueron mínimos.

De conformidad con el numeral 3° del artículo 366 del Código General de Proceso: “3. *La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.”* (se resalta)

El numeral 2° del mismo artículo señala que se tomarán en cuenta “*la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.”* (se resalta)

De modo que la Delegatura debió además tener en cuenta todos los incidentes y solicitudes de nulidad interpuestos por las entidades demandadas, los cuales fueron negados en primera instancia e incluso, uno de ellos, confirmados por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá.

Así pues, se tiene que las costas debieron estar debidamente justificadas por la Delegatura, atendiendo a los criterios y lineamientos del artículo 366 del Código General del Proceso, sin que ello hubiere ocurrido en el presente caso.

Por las razones expuestas, con todo respeto solicito que se revoque la decisión de condenar a la EPS SOS a pagar las costas a favor de los demandados por las sumas antes mencionadas y que, en su lugar, por encontrar procedentes las pretensiones y solicitudes del presente recurso de apelación se condene a los demandados a pagar a favor de Mi Representada las correspondientes costas y agencias en derecho.

III. SOLICITUD

Con base en las consideraciones fácticas y jurídicas antes expuestas, en virtud del recurso de apelación, de manera respetuosa solicito que se revoque totalmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se dicte una nueva en la que el Tribunal conceda las pretensiones de la demanda.

Atentamente,


JUAN PABLO GONZALEZ MEJÍA

T.P. No. 67.167

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ-SALA CIVIL

E.S.D.

REF. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL en contra de LUIS EDUARDO MORENO ROJAS y JAVIER IGNACIO CORMANE FANDIÑO, ACCION DE NULIDAD en contra de JAVIER IGNACIO CORMANE FANDIÑO, PROFUNDOS S.A.S, ASESORES DE SERVICIOS INTEGRALES DEL CARIBE S.A.S y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUDITORES EN SALUD.

Nro. de radicación: 11001319900220190046301

Asunto: Sustentación recurso parcial de apelación.

RODOLFO LIZARAZU MONTOYA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.420.677 de Usaquén, Tarjeta Profesional número 93.623 del C.S.J, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, actuando en mi calidad de apoderado de **LUIS EDUARDO MORENO ROJAS**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, e identificado con cédula de ciudadanía número 79.506.649, por medio del presente documento amablemente, por medio de la presente SUSTENTO EL RECURSO PARCIAL DE APELACIÓN, de conformidad con lo previsto por el artículo 14 del decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 110 del Código General del proceso, de conformidad con los siguientes argumentos:

I. Oportunidad.

La presente sustentación del recurso se presenta en tiempo toda vez que el auto de fecha 28 de Enero de 2022, fue notificado por estado el día 31 de enero de 2022, y concede un término de 5 días para presentar la sustentación, es decir que, de conformidad con el artículo 118 del CGP, el término concedido por la providencia corre un día después de su notificación, esto es desde el primero de febrero, con lo cual se tienen los siguientes días para presentar el recurso: 1,2,3,4,y 7 de febrero de 2022. Por lo anterior, el presente recurso se presenta en tiempo.

II. Sustentación del recurso de parcial de apelación contra la sentencia.

1. Aclaración Preliminar (recurso parcial)

En principio aclaramos que estamos de acuerdo con la sentencia en su parte motiva y resolutive, en relación con la desestimación de las pretensiones que hace la Superintendencia de Sociedades frente a la demanda formulada por la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A., contra mi Representado el señor Luis Eduardo Moreno.

Por lo anterior, el recurso de apelación únicamente va dirigido a apelar la decisión en relación con la condena en agencias en derecho a favor de Chubb Seguros de Colombia S.A (en adelante Chubb Seguros) y en contra de mi representado, señor Luis Eduardo Moreno, por el llamamiento en garantía a dicha compañía, y la desestimación de las pretensiones de la demanda de llamamiento en garantía.

2. La póliza de Chubb no solamente amparaba terceros como dice la sentencia, sino también aquellas personas naturales o jurídicas que tuvieran derecho a la prestación asegurada, como era el caso de la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD. Este cubrimiento estaba previsto en la póliza y lo ratificó el Representante Legal de Chubb Seguros en su interrogatorio.

La sentencia desestima las pretensiones del llamamiento en garantía diciendo que el beneficiario de la póliza era únicamente los terceros y no la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A EPS SOS S.A, pero en las condiciones particulares de la póliza se especificó que los beneficiarios de la póliza eran “Terceros afectados y/o quien tenga derecho a la prestación asegurada”. En este orden de ideas no solamente era los terceros afectados los que eran beneficiarios, sino también aquellos que tiene derecho a la prestación asegurada por una posible afectación, entre ellos EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A EPS SOS S.A. En efecto la póliza dice:

		<table border="1"> <tr> <td>PÓLIZA No. 12/38512</td> <td>ANEXO No. 0</td> <td>PAG. No. 3</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center;">CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI</td> </tr> </table>			PÓLIZA No. 12/38512	ANEXO No. 0	PAG. No. 3	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI		
PÓLIZA No. 12/38512	ANEXO No. 0	PAG. No. 3								
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI										
31 Sociedades Participadas	No	No	No	\$ 0						
7. Asegurados	Los establecidos en la definición de Asegurado de las condiciones generales de la póliza									
8. Beneficiarios	Terceros afectados y/o quien tenga derecho a la prestación asegurada									
9. Período Adicional de Notificación	a) 24 meses contados desde la fecha de cancelación o no renovación de la póliza b) Prima adicional del 50% de la última prima de la vigencia									
10. Período Adicional de Notificación para Asegurados Pensionado y Retirados	Ochenta y cuatro (84) meses									
11. Inclusión Automática para nuevas Sociedades Filiales o Subsidiarias	Cualquier sociedad cuyos activos no superen el 20% de los activos totales consolidados del Grupo Corporativo.									
12. Período de Vigencia de la Póliza	Desde 01 abril de 2019 a las 00:00 Horas hasta 31 de marzo de 2020 a las 24:00 Horas									
13. Fecha de Vigencia Inicial	22 de noviembre de 1999									

Para mayor claridad hacemos un recuento del contrato de seguro. El día 4 de abril de 2018, la empresa CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A suscribió un contrato de seguros y, emitió la póliza Nro 29392, para amparar la responsabilidad para Directores y Administradores y Directivos de la Caja Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andi, COMFANDI, con Nit Nro. 890.303.208-5, y de la sociedad Filial o Subsidiaria ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A., identificada con el Nit número 805.001.157, contra terceros y/o quien tenga derecho a la prestación asegurada. El día 4 de abril de 2019, la póliza 29392 fue renovada bajo el número 38512 hasta el 31 de marzo de 2020.

Como se dijo, en la póliza en sus condiciones particulares no solamente amparó a terceros afectados, sino que amparó a todos aquellos que tuvieran derecho a la prestación asegurada, es decir, quién resultar afectado de las actuaciones de los administradores, entre ellos ampara a ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.

Así mismo, el contrato de seguros tiene un amparo de reembolso al grupo corporativo, del cual hace parte la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A. y, ampara gastos de representación judicial para el Administrador, este último a favor de mi representado.

CHUBB®		PÓLIZA No.	ANEXO No.	PAG. No.
		12/38512	0	1
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI				
PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DIRECT&VOS				
1. Tomador	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI			
2. Grupo Corporativo	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI			
3. Sociedad Filial o Subsidiaria	SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS E.S.P S.A.			
4. Sociedades Participadas	Ninguna			
5. Límite de Indemnización por pérdida individual y en el agregado vigencia	\$30.000.000.000			
6. Amparos				
Si la columna "Amparada" incluida "Si", significa que la Cobertura está incluida en la póliza				
Amparada	Ámbito Territorial	Coberturas Sublimitadas por pérdida y en el agregado vigencia	Deducible	
1 Cobertura Personal	Si	Mundial	No	\$ 0
2 Cobertura de Reembolso al Grupo Corporativo	Si	Mundial	No	\$25.000.000 en EEUU
3 Gastos de Representación Legal en una Investigación Formal	Si	Mundial	No	\$ 0
4 Gastos por Investigaciones Internas	Si	Mundial	\$ 300.000.000	\$ 0
5 Gastos por Evento Regulatorio Crítico	Si	Mundial	\$ 300.000.000	\$ 0

De otra parte, en el interrogatorio de parte realizado al Representante Legal de Chubb Seguros, se dijo lo siguiente:

El Superintendente preguntó sobre qué cubriría el contrato de seguros así: "Si lo que garantiza son los perjuicios ocasionados a terceros o los administradores o, los perjuicios ocasionados por los administradores a la sociedad."

El Representante Legal de Chubb manifestó “perjuicios que los administradores ocasionen a terceros y eventualmente a la sociedad”.

Mas adelante el Representante Legal manifestó “Para este caso se cubre perjuicios a terceros y a la misma sociedad eventualmente”.

Por último, manifestó “cubre gastos de defensa”.

La póliza suscrita y la confesión en el interrogatorio del Representante Legal de Chubb es plena prueba que el contrato de seguros beneficiaba los perjuicios que se lo podían ocasionar a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A., y además, que amparaban los gastos de defensa que tuviera que asumir mi representado, contrario a lo que afirmó la sentencia.

En este orden de ideas solicitamos que se revoque parcialmente la sentencia, y en consecuencia no se condene en costas a mi representado del llamamiento en garantía, en virtud que no es cierto que la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A EPS SOS S.A no pudiera ser beneficiaria de la póliza y en la medida en que existía un derecho contractual del señor Luis Eduardo Moreno de exigirle a la aseguradora la garantía de pago de los daños y perjuicios por sus actuaciones como Administrador en caso que resultara vencido en juicio. Por el contrario, se condene a Chubb Seguros a pagar los gastos de defensa de mi representado, que es uno de los amparos del contrato de seguro objeto del llamamiento en garantía.

- 3. La figura de llamamiento en garantía procede en el caso en que se profiera sentencia en contra del demandado inicial, por lo cual, si el juez profiere sentencia a favor (como en el presente caso), no hay lugar indagar sobre el llamamiento en garantía y, no hay lugar a agencias en derecho en contra de quien realizó el llamamiento en garantía.**

La demanda de llamamiento en garantía tenía como pretensión “que la empresa CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. realice el pago que tuviere que hacer mi representado como resultado de la sentencia que se dicte en el mencionado proceso”.

Ahora bien, en la medida en que mi representado no fue condenado en juicio, no se concretaron las pretensiones de la demanda y, por tanto, no había lugar a pronunciarse sobre el llamamiento en garantía, en ese orden de ideas no habría lugar a declarar agencias en derecho en contra de mi representado y a favor de Chubb Seguros.

El llamamiento en garantía es una figura condicional que se viene a concretar únicamente cuando quien llama en garantía es vencido en juicio, ya que las pretensiones de la demanda van encaminadas a hacerse efectiva si hay lugar a resarcir un perjuicio o efectuar un pago, cosa que no sucedió.

Como dice la jurisprudencia: “La justificación procesal del llamamiento en garantía (...) no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que “El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”. (Sentencia 11 de mayo de 1976 CSJ) (El subrayado es nuestro)

Aun si mi representado tiene toda la convicción de que no es responsable del proceso, tiene el derecho de llamar en garantía a la aseguradora, por cuanto el contrato de seguros es un contrato aleatorio, que sirve de garante, y le compete a la aseguradora cumplir su obligación de respaldo, más aún cuando no hay certeza del resultado de ningún proceso judicial.

Dada la naturaleza de garante y aleatoria en el contrato de seguros, no hay lugar a que le cobren agencias en derecho a mi representado, por el contrario, el papel de la aseguradora es garantizar que en caso de que sea condenado esta corriera con las contingencias del proceso. En el evento en que no se pudiera llamar en garantía a la aseguradora, se desnaturaliza el contrato de seguros, pues es precisamente su carácter aleatorio lo que permite esta posibilidad y es esa tranquilidad la busca quien celebra este tipo de contratos.

Por eso, no por el hecho de llamarla en garantía, mi representado puede ser condenado en agencias en derecho. Por el contrario, en la medida en que Luis Eduardo Moreno no fue vencido en juicio, las pretensiones del llamamiento no le son aplicables a la aseguradora y, por tanto, no hay lugar a estudiar el llamamiento en garantía y muchos menos a que mi representado sea condenado en Agencias en derecho.

4. La sentencia en lo que hace referencia a la condena en agencias en derecho por el llamamiento en garantía viola el principio de congruencia, en la medida en que Seguros Generales Chubb dirigió sus excepciones únicamente a decir que existió un cambio de control en la sociedad y en ningún momento se exceptuó que la empresa ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A no fuera beneficiaria de la póliza, por el contrario, el Representante Legal de Chubb afirmó en el transcurso del proceso que si era beneficiaria y estaba amparada.

De conformidad con el principio de congruencia plasmado en el artículo 281 del CGP la sentencia debe estar en consonancia con las “excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

En el presente caso la sentencia viola el principio de congruencia, en la medida en que el demandado encausó sus excepciones principalmente a decir que existió un cambio de control en la sociedad y en ningún momento se exceptuó que la empresa ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A no fuera beneficiaria de la póliza.

Así mismo, como ya se expresó en el presente proceso el Representante Legal de Chubb afirmó en el transcurso del proceso que la empresa ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A era beneficiaria de la póliza y estaba amparada por el contrato de seguros. En este orden de ideas y debido a que la excepción no fue alegada, ni probada en el proceso la sentencia va en contravía del principio de congruencia de la sentencia y, por tanto, solicito se revoque parcialmente y que no sea condenado mi representado en agencias en derecho a favor de Chubb Seguros.

5. El Acuerdo de cogobierno firmado entre CAJA DE COMPENSAICÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ADNI y LEAP INVESTMENT VENTURES no generó un cambio de control en la sociedad EPS SOS S.A.; porque esta última nunca adquirió acciones.

Así mismo, y dado que de prosperar el presente recurso se entraría a analizar las excepciones pasamos **desestimar** la excepción denominado exclusión de la cobertura de reclamos con posterioridad al cambio de control asumido por LIV en EPS SOS, a partir del 9 de mayo de 2018, oponiéndonos a la misma, conforme los siguientes argumentos:

De conformidad con la argumentación de la apoderada de CHUBB señala que hubo cambio de control en la empresa prestadora porque LIV iba a adquirir acciones en dicha sociedad. Sin embargo, el acuerdo de cogobierno suscrito entre CAJA DE COMPENSAICÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ADNI (En adelante COMFANDI) y LEAP INVESTMENT VENTURES (en adelante LIV), el 9 de mayo de 2018, no generó un cambio de control en la sociedad EPS SOS S.A.S, porque, si bien, dicho acuerdo tenía como propósito facilitar las negociaciones tendientes a que LIV realice una capitalización de acreencias y/o recursos líquidos en EPS SOS S.A.S, adquiriendo el 51% del capital social, **dicha adquisición de acciones nunca se produjo**. En efecto, la relación entre las partes se acabó sin que se adquirieran dichas acciones. Es de anotar que COMFANDI ha tenido un porcentaje mayoritario de las acciones ordinarias (60.88%) en EPS SOS S.A.S, y en esa medida, es quien ejerce la mayoría de la votación, esta situación ha generado que ejerza el control sobre la votación en la Asamblea General de Accionista, y nunca cambió durante la vigencia de la póliza.

Dicha adquisición de acciones no se produjo entre otras porque EPS SOS S.A.S debía contar con la anuencia de la Superintendencia de Salud, la cual nunca se produjo, y además era de conocimiento de LIV. En efecto en el acta número 051 del miércoles 9 de mayo de 2018, en el punto 5, se dijo lo siguiente:

“Asimismo, se indica que la capitalización que hará LEAP INVESTMEN(sic) VENTURES INC en SOS EPS S.A.S está condicionada a que la Superintendencia Nacional de Salud autorice la presente reforma estatutaria, por lo que ha de instruirse al señor Representante Legal para que realice los trámites tendientes a la obtención de la mencionada autorización.”

Dicha autorización por parte de la Superintendencia de Salud, no se dio, y tampoco se llevó a cabo la capitalización, por tanto, LIV nunca fue accionista de EPS SOS S.A.S y mucho menos tuvo votación en la Asamblea General de Accionistas, como mal lo pretende hacer ver el apoderado de Chubb Seguros. La participación de los accionistas después del 9 de mayo consta en todas las actas de Asamblea General de Accionistas (que se presentaron como prueba en la demanda principal), y allí no aparece LIV como socio, como consta en el acta del 052, del martes 5 de junio de 2018, de la cual se extrae su aparte:

Es Igual al Origen
Jennifer Trochez So
Notaria Bg. de Cali Encorr.

DESARROLLO DE LA REUNION

1. VERIFICACION DEL QUÓRUM

Se constató antes de iniciar la Asamblea Extraordinaria de Accionistas no presencial que en la misma se encuentran participando mediante conferencia telefónica simultánea los representantes legales de las entidades accionistas de EPS SOS S.A., entidades que posee la siguiente participación accionaria:

ACCIONISTA	Composición accionaria			
	Cajas Socias	Número de acciones ordinarias	Valor de acciones ordinarias	% Part.
COMFANDI		27.401.030.18361	43.841.648.294	60,88
CONFA		6.138.540.00043	9.821.664.001	13,64
COMFAMILIAR RISARALDA		7.938.624.07409	12.701.798.519	17,64
COMFENALCO QUINDIO		3.508.815.12563	5.614.104.201	7,80
FONDECOM		23.705.00000	37.928.000	0,05
Total accionistas		45.010.714.38375	72.017.143.014	100,00
Acciones propias readquiridas		118.534.00000	189.654.400	
Total		45.129.248.38375	72.206.797.414	

Así mismo, el acuerdo de cogobierno tampoco otorgó el control a LIV, por el contrario, en su contenido expresa que hasta que LIV no adquiriera el 51% de las acciones mediante capitalización, no se genera una situación de control.

La excepción propuesta por la apoderada de CHUBB se basa en la exclusión que dice contener la póliza y que señala: "ii) se adquieren acciones o participaciones con derecho a voto del Grupo Corporativo", por tanto, esa excepción supone que efectivamente se adquieran las acciones, y como se ha dicho no hubo en el presente caso una adquisición de acciones por parte de LIV.

Por no haber un cambio de control en EPS SOS S.A., no es aplicable y no debe prosperar esta excepción.

6. El Acuerdo de cogobierno firmado entre CAJA DE COMPENSAICÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ADNI y LEAP INVESTMENT VENTURES no generó un cambio de control en la sociedad EPS SOS S.A., porque nunca tuvo la mayoría en la Junta Directiva.

El acuerdo de cogobierno firmado entre CAJA DE COMPENSAICÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ADNI y LEAP INVESTMENT VENTURES, tampoco generó un nombramiento o cambio en la mayoría de los miembros de la Junta Directiva, como aduce el apoderado de Chubb Seguros. En efecto, el acuerdo lo que señalaba es que LIV podía tener 3 miembros principales de los 7 miembros que conforman la Junta Directiva. En esta medida 3 de 7 miembros no conforman la mayoría o un cambio de control. Así mismo, en las actas aparecen miembros independientes o pertenecientes a Comfandi, a Comfenalco, a Comfamiliar Risaralda, pero no pertenecientes LIV.

En efecto en el acta Nro 51 de la EPS SOS S.A, del 9 de mayo de 2018 (periodo de firma del acuerdo de cogobierno), de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas se determinó en el punto 7, una designación de 7 miembros principales la Junta Directiva, que quedaron de la siguiente manera, y que en adelante representaban según las actas de las juntas directivas a las siguientes personas:

1. Jacobo Tovar Caicedo (Representaba a Comfandi (Director General))
2. Anton Dovor (Miembro independiente)
3. Eduardo Fernández de Soto (Miembro patrimonial independiente/Junta Directiva Top Managment, no tiene relación con Liv)
4. Guillermo Reyes Gonzalez (Miembro Independiente)
5. José Fernando Montes Salazar (Representaba a Comfenalco Quindio)
6. Jesus Mourier Valencia H (Representaba a Comfamiliar Risaralda)
7. Edgar Quiroga Aron (Miembro Independiente)

Como se puede ver en dicha designación eran siete miembros de Junta Directiva, por lo cual, la mayoría de votos de la Junta la conformaban 4, de los cuales Comfandi, Comfenalco y

Comfamiliar tenían 3 votos, y Eduardo Fernández de Soto, miembro independiente y socio director en Amor Top Management (empresa caza talentos), que no tenía relación con LIV, tenía 1 voto, los demás eran independientes. Lo anterior demuestra que LIV nunca tuvo una mayoría de votación, ni siquiera es claro en las actas de Asamblea o Junta Directiva que tuvieran una representación.

La prueba de cuales intereses representaba cada persona en la Junta consta en la votación del acta 51 de la empresa EPS SOS S.A.S, del 9 de mayo de 2018, en dicho documento dice que Jacobo Tovar representaba a Comfandi, José Fernando Montes Salazar representaba a Comfenalco, Jesús Mourier Valencia representaba a Comfamiliar Risaralda. En efecto la votación del acta señalaba a quién representaba cada persona:

“

Es así como conectados en comunicación telefónica simultánea, se inicia el proceso de votación de la siguiente manera: El accionista Comfandi, representado legalmente por el Dr. Jacobo Tovar Caicedo, imparte voto positivo; el accionista Caja de Compensación Familiar de Caldas, representado legalmente por el Dr. Juan Eduardo Zuluaga Perna, imparte voto positivo; el accionista Comfamiliar Risaralda, representado legalmente por el Dr. Jesús Mourier Valencia Hernández, imparte voto positivo; el accionista Comfenalco Quindío, representado legalmente por el Dr. José Fernando Montes Salazar, imparte su voto positivo, y Fondecop Ltda., representado legalmente por la Dra. Lilia Villanueva Quimbayo, imparte su voto positivo. Así las cosas se deja constancia que los titulares de 45.010.714,38375 acciones que representan el 100% de las acciones ordinarias con derecho a voz y voto del total de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad, imparten su aprobación unánime a la propuesta de pago de honorarios para los miembros de Junta Directiva de EPS SOS S.A. en los términos y condiciones previamente detallados en este punto del acta.

”

Así mismo, en el acta de Junta Directiva del 28 de mayo de 2018, número 264, que fue aportada con la demanda principal, el señor Eduardo Fernández de Soto era parte del comité de buen Gobierno y era parte de la Junta Directiva de Top Management, en otras palabras, miembro independiente que no tenía relación con LIV, en efecto el acta decía:

COMITÉ DE BUEN GOBIERNO

Objetivo:

Evaluar la adecuada gestión del Gobierno Corporativo apoyando y definiendo estrategias corporativas encaminadas a buenas prácticas y orientadas al cumplimiento del objeto social y objetivos dentro del marco estatutario y legal.

Funciones:

- Política de nombramientos y retribuciones
- Evaluación anual de la Junta Directiva y comités asesores
- Monitorear negociaciones realizadas por Directores
- Actualización Código de Buen Gobierno
- Estudiar y sugerir propuestas sobre los Estatutos

Miembros actuales:

Héctor Javier Rodríguez	<i>Junta Directiva-Comfandi</i>
José Fernando Gómez	<i>Junta Directiva -Comfenalco Quindío</i>
Alejandra Jaramillo	<i>Junta Directiva -Comfandi</i>
Eduardo Fernández de Soto	<i>Junta Directiva-Top Management</i>

(Impar (3 ó más) 3 Junta Directiva 1 experto externo).

Original

Todo lo anterior nos indica, que en ningún momento LIV tuvo la votación mayoritaria en la Junta Directiva, ni siquiera es claro si hizo o no parte de dicha Junta. Como se probó anteriormente, los miembros de la Junta representaban a Comfandi, a Comfenalco, a Comfamiliar Risaralda, o como Independientes o miembros de la Junta Directiva de la empresa Top Management, pero no como representantes de LIV. En el acuerdo de cogobierno aparece que si bien le podía otorgar 3 puestos principales, en la Junta, estos no constituían la mayoría, puesto que la misma tiene 7 puestos.

En el interrogatorio efectuado a Jacobo Tovar Caicedo, presidente de la Junta y director de Comfandi, se le preguntó por parte del apoderado de la demandante "Se ha dicho por parte de la Aseguradora que Comfandi entregó el control de EPS SOS a LIV, es eso correcto ?" El señor Tovar contestó. "No señor, no doctor González digamos cuando uno, la participación de Comfandi antes de los acuerdos firmados por LIV era del 60,88% de la participación accionaria de la EPS, transcurridos un año, ósea ubicándonos ya otra vez en mayo, pero del 2019, no del 2018, la participación de Comfandi en la EPS SOS era 60,88%, o sea no se movió ni un punto decimal, porque obviamente ni siquiera hubo capitalización, nunca llegó plata y, adicionalmente a eso, pues ejerciendo precisamente ese control que tenía Comfandi sobre la

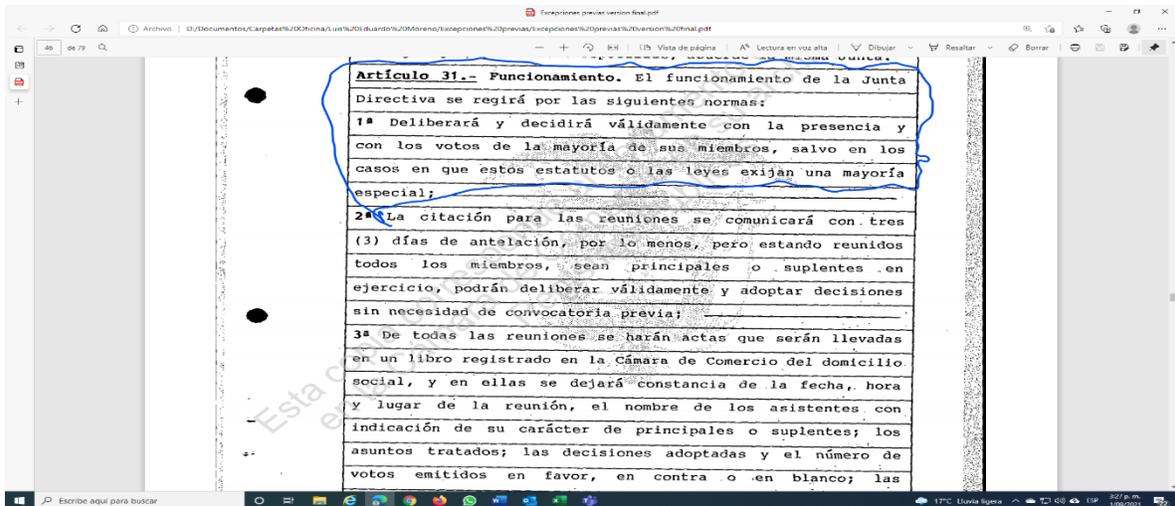
EPS digámoslo a nivel accionario fue que se convocó a la asamblea, se le explicó a los otros socios, ósea el restante 39% de la sociedad, pues que transcurrido un año los señores de LIV no habían demostrado ni los fondos, ni el origen de los mismos y que invocando la ley íbamos a removerlos de la administración de la EPS SOS S.A. En ese orden de ideas, pues yo diría que eso muestra claramente que el control accionario de la EPS seguía en Comfandi y en los socios actuales, no hubo cambio de composición accionaria en ningún momento dado, ni de control accionario”.

De igual forma a la pregunta efectuada por el señor Superintendente de si el señor Dvorishchin ejercía alguna influencia en la decisiones tomadas por Comfandi en la Asamblea el señor Tovar contestó: “No, no señor”

A la pregunta efectuada por el señor Superintendente al señor Jacobo Tovar, frente a cuanto miembro podía nombrar LIV, este contestó, “3 tres de 7”

En el acuerdo de cogobierno aportado como prueba con la demanda señalaba igualmente que LIV tenía derecho a elegir tres miembros principales en la Junta. 3 de 4 miembros no forma la mayoría.

En la escritura pública Nro 1667 del 28 de Junio de 1995 de la notaría 5 de Cali, donde están los estatutos de la EPS SOS, que obra como prueba en el presente proceso (aportada en las excepciones previas por nosotros propuestas) consta que las decisiones de la Junta se toman por la mayoría, esto 4 miembros de 7, luego LIV nunca tuvo la mencionada mayoría.



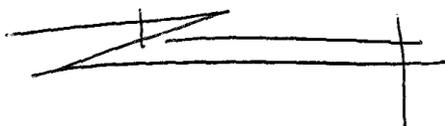
Es así como todas las pruebas señalan que no existió un cambio de control den la Junta Directiva de EPS SOS, por el contrario, la mayoría siempre fue y ha sido ejercida por Comfandi.

En este orden de ideas nunca existió un cambio de control de EPS SOS.

III. SOLICITUD

En este orden de ideas solicitamos que se revoque parcialmente la sentencia, y en consecuencia no se condene en costas a mi representado, por el llamamiento en garantía efectuado a Chubb Seguros. Por el contrario, se condene a Chubb Seguros a pagar los gastos de defensa de mi representado, que es uno de los amparos del contrato de seguro objeto del llamamiento en garantía.

Cordialmente,



RODOLFO LIZARAZU MONTOYA
C.C. 80.420.677 de Bogotá
T.P 93.623 del C.S.J

HECTOR ALFONSO RODRÍGUEZ H.
ABOGADO

Señor
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
M.P. AYDA VICTORIA LOZANO RICO
E. S. D.

REF: Alegatos de apelación Ejecutivo No.
110013103004201900641 de HECTOR ALFONSO
GUEVARA PEREA **contra** BOLSA DE INVERSION
INMOBILIARIA S.A.S.

HECTOR ALFONSO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, ciudadano colombiano, mayor de edad y vecino de Bogotá, D.C., Abogado en ejercicio con T.P.No.107.351 del C. S. J., identificado con la C.C.No.79.297.234 de Bogotá, actuando como apoderado de la parte ejecutante en el proceso de la referencia, estando en oportunidad procesal y en cumplimiento a lo ordenado en auto de fecha 2 de Febrero de 2022 notificada por estado del 3 de febrero de 2022 presento y ratifico mis alegatos de apelación lo cual hago de la siguiente forma :

- 1.- Solicito comedidamente se REVOQUE la sentencia impugnada, que declaro probada la excepción de Prescripción de la Acción Cambiaria directa propuesta por la parte ejecutada en razón a que no ha cumplido la obligación que se ejecuta y por consiguiente las excepciones propuestas carecen de fundamentos de hecho y de derecho.
- 2.- Como consecuencia de lo anterior, se declare no probada la excepción propuesta y se ordene seguir adelante la ejecución.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION:

- 2.- Ratificando los argumentos expuestos en la apelación, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción Cambiaria, ratifico que es totalmente improcedente esta acción, toda vez que lo que se pretende es el pago del título por acción judicial y no por acción cambiaria como lo pretendió hacer ver equivocadamente la ejecutada, por lo que se hace improcedente lo propuesto y ha debido declararse NO prospera esta excepción por parte del A-quo.

Lo que si se debe tener en cuenta es si la demanda ejecutiva se presentó dentro del término legal de cinco años una vez vencido el termino para el pago de la obligación contenida en el título ejecutivo cuyo cobro se pretende, lo cual se encuentra plenamente probado por la fecha de la simple presentación de la demanda, esto es el 20 de septiembre de 2019 y se hizo dentro del término legal por lo cual se debe declarar impróspera esta excepción y continuar con el trámite de la demanda ejecutiva y condenar en costas a la ejecutada.

Ratifico igualmente que basta con leer los argumentos del A-quo para encontrar que en el numeral 2º de Consideraciones hace alusión **a que las facturas aportadas** cumplen con los requisitos de los artículos 621 y 709 del C de Co., cuando es claro y así se desprende de los documentos aportados y del mandamiento de pago que lo que se pretende ejecutar es un PAGARE y no facturas como erradamente lo

HECTOR ALFONSO RODRÍGUEZ H.
ABOGADO

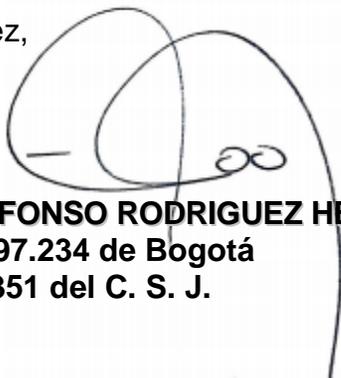
encontró el fallador de instancia lo que permite concluir que se trabajó con un simple corta y pegue, pero sin analizar de fondo tanto el título valor como los argumentos y fechas de la creación y de la presentación de la demanda que dio origen al mandamiento de pago que conllevó a la decisión que ahora se ataca.

Teniendo en cuenta que las demás excepciones no fueron objeto de estudio por parte del A-quo y por consiguiente no tienen que ver ni en la parte motiva ni en la parte resolutive de la sentencia, se hace innecesario pronunciarme al respecto.

Así las cosas solicito al Ad-quem, que con los fundamentos expuestos se revoque la sentencia objeto de apelación y se ordene seguir adelante la ejecución.

En los anteriores términos dejo sustentado y ratificado el recurso dentro del término legal.

Del señor juez,



HECTOR ALFONSO RODRIGUEZ HERNANDEZ
C.C.No.79.297.234 de Bogotá
T.P.No.107.351 del C. S. J.



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.

Abogado

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL

E.

S.

D.

REFERENCIA: SOLICITU DE APELACION FALLO DE SENTENCIA. Radicado: 2020-111606. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Del 17 de Septiembre de 2021.
ACCIONANTES: HEWIN ANTONIO PICO CELIS y MARCELO HOYOS SERNA.
ACCIONADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA.

JAVIER DARIO RODRIGUEZ SARMIENTO, mayor de edad, identificado con C.C. No. 91'223.553 de Bucaramanga, y portador de la T.P. No. 47.202 del C.S. de la J, actuando en nombre y representación de mis procurados señores **MARCELO HOYOS SERNA**, mayor de edad, identificado con la C.C. No. 79'690.892 de Bogotá, domiciliado y residente en Floridablanca y **HEWIN ANTONIO PICO CELIS**, mayor de edad, identificado con la C.C. No. 1.098'605.367, domiciliado y residente en Floridablanca, haciendo uso del derecho que me confiere el Art. 86 de la Constitución Nacional y los Decretos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, por este medio me permito sustentar **EL RECURSO DE APELACION** interpuesto el día 17 de Septiembre de 2021 contra la decisión de instancia emanada de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA Juez Henry David Torregrosa Servera, por la cual denegara las pretensiones incoadas en la DEMANDA DE GARANTÍA de la referencia y las cuales se encuentran consagradas en la ley 1480 de 2011, vulnerando LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR AL NO RESPONDER POR LA GARANTIA y por el accionar de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, de acuerdo a los siguientes términos:

1. Quedó establecido que el término de garantía cobija el bien materia de esta demanda, toda vez que el conteo de la garantía de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil no se debe hacer de manera lineal, sino que su conteo se debe realizar descontado los lapsos del tiempo que el vehículo permanezca en los talleres precisamente por un daño, y en este caso se le deberían descontar al término de la garantía de cinco años, por lo que el AD QUO denegó la excepción de prescripción.
2. RELACION DE CONSUMO: Respecto de la relación de consumo, podemos decir, que esta establece la legitimación en la causa por activa y pasiva, y así lo estableció la Corte Suprema de Justicia expresando que en derechos del consumidor, "la relación de consumo es aquel vinculo jurídico que se establece entre un proveedor y/o productor y el consumidor o usuario lo anterior referido en la sentencia del 30 de abril de 2009 Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia" Magistrado Ponente Dr. PEDRO OCTAVIO MARCADEL.



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.

Abogado

De acuerdo a lo anterior, se estableció claramente en el proceso que la RELACIÓN DE CONSUMO SI EXISTIÓ ENTRE MIS REPRESENTADOS Y LAS EMPRESAS DEMANDADAS.

3. En cuanto a los defectos o fallas del vehículo que afecten las condiciones mínimas de garantía, se pudo establecer que el vehículo en cuestión FUE INGRESADO 14 VECES POR EL MISMO DAÑO, entre el 10 de Febrero de 2016 y el 25 de Noviembre de 2019, esto es, el sistema del frenado del mismo, también así, el 10 de marzo del 2016 ingresó para **la revisión de los 22.000 km** en los talleres de COLWAGEN y el 3 de Octubre del 2018 a los 41.694 kms mi cliente autorizó **la revisión de los 37.500 km**, esto fue en los talleres de Promotores del Oriente S.A., ingresos para revisión que fueron autorizados por mis poderdantes, y respecto de los ingresos a los talleres autorizados por AUDI por el daño materia de la reclamación de la garantía, esas fueron verificadas y así lo manifestó el perito LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ Ingeniero Mecánico con TP CN 230 30660 en el Dictamen Pericial aportado por COLWAGEN S.A.S., razón por la cual el AD QUO consideró que había un falla reiterativa en el sistema de frenado en el vehículo mencionado.
4. Con todo lo anterior el juzgador inicial consideró que existe una infracción a los derechos que ostenta el consumidor en lo referente a la garantía legal, por lo que procedería a establecer la responsabilidad legal del proveedor, esto es respecto de la falla reiterada en el sistema del freno de estacionamiento.
5. Ahora bien y teniendo en cuenta las consideraciones del juzgador, dentro de las cuales expresó lo que la Ley establece como lo es: “que son obligaciones de la garantía la reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte y suministro oportuno de los repuestos y si el bien no admite reparación será la reposición o devolución del dinero. En caso de repetirse la falla a elección del consumidor se procederá a una nueva reparación, la devolución del dinero o al cambio total o parcial del bien por uno de iguales condiciones o similares características y especificaciones técnicas”.
6. Esto señores Magistrados no fue tenido en cuenta, ya que el juzgador en las consideraciones de la Sentencia de este proceso deniega las EXCEPCIONES de los demandados y establece que el daño fue REITERATIVO, pero al momento de fallar solo mencionó que el perito había expresado que la falla ya había sido solucionada y que el vehículo ya se encontraba en funcionamiento, dictamen que no ha debido tenerse en cuenta por cuanto en los interrogatorios a los peritos, ellos manifestaron de manera categórica, que no habían tenido acceso al supuesto daño del vehículo, simplemente tomaron como referencia unas fotografías suministradas por el taller Promotores del Oriente S.A. que es un taller autorizado por AUDI y con ellas determinaron que ese era el daño, nunca tuvieron la aprensión material ni el contacto directo con el bien en las partes propias del daño, solamente se limitaron a dar por cierto lo que el taller



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.

Abogado

Promotores del Oriente S.A.S., siendo este un taller que trabaja para la AUDI le dieron toda la credibilidad, además con un prueba de ruta que no alcanza los CUARENTA kilómetros dieron por sentado que el carro ya estaba en perfecto funcionamiento.

7. Cabe mencionar que la camioneta materia del presente proceso, tuvo el último ingreso a los talleres de PROMOTORES DEL ORIENTE S.A.S. el día 25 de Noviembre de 2019 y dicho taller le comunicó al señor Marcelo Hoyos Serna que podía retirar su vehículo, esto sucedió el día 20 de Febrero de 2020 (anexamos carta enviada por PORSCHE Colombia), lo que claramente supera los TREINTA DIAS (30) para devolver el vehículo debidamente arreglado artículo 8° del decreto No. 0735 del 17 de Abril de 2013 que reglamentó la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011, pero mi representado solo lo retiró el día 18 de Septiembre de 2021 una vez se dictó la sentencia de Primera Instancia en este proceso, es decir, esta camioneta estuvo siempre a disposición de los demandados, acordémonos que PROMOTORES DEL ORIENTE S.A.S. es un taller autorizado por AUDI y sin embargo los peritos no realizaron el dictamen pericial como lo establece el artículo 226 inciso 5° del C. G. del P.
8. La sentencia materia de esta APELACIÓN emanó el día 17 de Septiembre de 2021, por lo que mi representado MARCELO HOYOS SERNA procedió el día sábado 18 de Septiembre de 2021 a retirar la camioneta en cuestión de los talleres de Promotores del Oriente S.A.S. y decidió desplazarse el día Domingo al municipio de los Santos que está aproximadamente a 45 km del municipio de Bucaramanga, lo que determina que de ida y vuelta es un recorrido de aproximadamente 90 kms regresando el mismo día, sorpresa la del señor MARCELO HOYOS SERNA cuando el día lunes 20 de Septiembre volvió a bloquearse el carro, por lo que lo llevó al Centro de Servicio Automotriz Colserautos S.A. en la ciudad de Bucaramanga, para que allí LE REALIZARAN PERITAJE AL VEHÍCULO y allí le hicieron una revisión sin intervenir el vehículo, que quede claro, solo se le hizo una revisión, por lo que no le hicieron ningún tipo de arreglo para no perder la garantía, pero ellos si certificaron que al vehículo materia de este proceso se le disparó el freno de parqueo quedando bloqueado nuevamente.
9. Esta camioneta se llevó al CNT S.A. el día 22 de Septiembre de 2021 para que se le expidiera el Certificado Técnico Mecánico, pero este vehículo no pasó la revisión ya que no cumple con las especificaciones para entrar a la Pista de Revisión Técnico Mecánica debido entre otros al problema del sistema de frenos.
10. No es entendible como el fallo descarta de tajo el cambio del vehículo en cuestión, si al momento de fallar el señor Juez manifiesta que existió una falla reiterativa y repito se basa en lo expresado en el Dictamen pericial realizado



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.
Abogado

por el Perito de CESVI COLOMBIA, Andrés Felipe Salazar, lo que no se debió haber tenido como prueba.

De acuerdo a lo anteriormente expresado, señores Magistrados solicito se sirvan REVOCAR el fallo de fecha 17 de Septiembre de 2021 proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso con radicación 2020 – 111606 donde mis poderdantes actúan como demandantes y como demandados COLWAGEN S.A.S., PORSCHE COLOMBIA S.A.S. y VAS COLOMBIA S.A. y en su lugar se concedan todas las Pretensiones que no sean excluyentes y solicitadas en el escrito de subsanación de la demanda.

En el evento de que ustedes señores Magistrados, consideren necesario realizar una nueva inspección al vehículo materia de este proceso, solicito desde ahora se escoja un taller diferente a los que han actuado en este proceso, toda vez que en nuestro parecer no gozan de imparcialidad.

Anexo con el presente escrito:

- Carta enviada por PORSCHE COLOMBIA donde manifiesta que la camioneta materia de este proceso puede ser retirada de los talleres de PROMOTORES DEL ORIENTE.
- Certificado expedido por COLSERAUTOS respecto de la activación del freno.
- Constancia expedida por CNT S.A. respecto de la imposibilidad de expedir el certificado técnico mecánico de la camioneta materia de este proceso.

Atentamente,

JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.
C.C No. 91'223.553 de B/manga.
T.P. No. 47.202 del C. S. de la J.

c.c. COLWAGEN S.A.S.,
PORSCHE COLOMBIA S.A.S. y
VAS COLOMBIA S.A.



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.
Abogado

ANEXOS:

1. Carta enviada por PORSCHE COLOMBIA donde manifiesta que la camioneta materia de este proceso puede ser retirada de los talleres de PROMOTORES DEL ORIENTE.

PORSCHE
COLOMBIA

Bogotá, 20 de febrero 2020

Señor
MARCELO HOYOS
Ciudad

Asunto: Respuesta comunicación

Apreciado señor HOYOS:

JULIO MARIO ROMERO VARGAS, mayor de edad, domiciliado y residiendo en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.942.362 de Bogotá, actuando como GERENTE DE EXPERIENCIA AL CLIENTE de PORSCHE COLOMBIA S.A.S., procedo a dar respuesta a su derecho de petición acerca de su vehículo marca AUDI Q5:

De acuerdo con su solicitud le informamos que no es procedente, teniendo en cuenta que el carro ha sido atentado por el concesionario y la garantía legal, estando listo para entrega desde el pasado 13 de febrero del año 2020, tal como se lo ha informado PROMOTORES DEL ORIENTE.

En los anteriores términos damos respuesta su petición, sin perjuicio de estar atentos a cualquier comentario o inquietud adicional, la cual puede ser enviada al correo electrónico: servicioclienteaudi@porsche-colombia.co o la línea en Bogotá 4112182 en la extensión 1513.

JULIO MARIO ROMERO V.
P.P
Gerente de Experiencia al Cliente
Porsche Colombia S.A.S

Porsche Colombia S.A.S.
Importador Volkswagen, AUDI, Seat, Skoda, MAN
Carrera 7 No. 156 – 78 Piso 4, Torre North Point 2
Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: +57 (1) 411 2182
Recepcion.principal@porsche-colombia.co
NIT: 900.466.209 – 7

E I N U N T E R N E H M E N D E R Ö S T E R R E I C H I S C H E N P O R S C H E - G R U P P E

Calle 36 No. 15 – 32 Off. 11 - 06 Edificio Centro Colseguros
Tel. 6807325 - Cel. 315 7 63 13 68 – javiro281@hotmail.com
Bucaramanga



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.
Abogado

2. Certificado expedido por COLSERAUTOS respecto de la activación del freno.

629926

COLSERAUTO
CERTIFICADO

FECHA: 21/09/2021 PLACA: UBN877
 ATENDIDO PARA: Particular
 No. INSPECCION: 1052195966 RONDO: 13
 CENTRO DE INSPECCION: B/MANGA - LIVIANOS

ASEGURABLE: No Aplica

DATOS		INFORMACION
MARCA:	AVON	MODELO: 2899
TIPO:	CANPERO	SECCION: CAMIONETA 4P
COLOR:	QS	COMBUSTIBLE: BENS
COLOR PASEO:	BLANCO	TIPO DE ALIMENTACION:
No. MOTOR:	0566008	TIPO DE CATALIZ:
No. CHASIS:	CTV088172	MODOS:
No. SERIAL:	WALF228KXPA22429	TIPO DE MOTOR:
REGISTRO:	***	
REGISTRO DE VENTA:	PARTICULAR	
REGISTRO A:	55117	

DESCRIPCION	VALOR
OTROS	\$ 2.887.750,14
IMPORTE TOTAL	\$ 0
IMPORTE COLSERAUTO	\$ 83.600.000
IMPORTE TOTAL	\$ 80.600.000
IMPORTE COLSERAUTO	\$ 150.000

El esquema aquí mostrado es una aproximación al verdadero modelo de su vehículo

EL REPORTE DE KILOMETRAJE HACE REFERENCIA AL QUE REGISTRA EL ODOMETRO AL MOMENTO DE LA INSPECCION.

Observaciones
 QS 3.0 TFSI ATTRAC TP 3000CC CT 2015 HMC 12/17 63.23M RR 12/17 62.13M POLIZA VENCIDA; PRESENTA FALLA EN TESTIGO FRENO DE MANO ESTA ENCENDIDO EN TABLERO DE INSTRUMENTOS BLOQUEA VEHICULO; FAROS PRESENTAN HUMEDAD; PRESENTA RAYONES Y SUNDURAS NORMALES DE USO; PARA TEMAS DE ASEGURABILIDAD SE SUGIERE CAMBIAR LLANTAS; PRESENTA DESGASTE ANORMAL DE LLANTAS; EN PRUEBA DE RUTA REVISAR SUSPENSION SOPORTES, ALINEAR, , DE ACUERDO A NUESTRO ANALISIS REALIZADO NO SE HALLARON INCONSISTENCIAS; SE SUGIERE SOLICITAR EL CERTIFICADO DE TRADICION PARA DESCARTAR, MULTAS, EMBARGOS Y OTROS, NUMERO DE SERIE ORIGINAL, NUMERO DE CHASIS ORIGINAL, PARA EFECTOS DE ASEGURABILIDAD Y/O COMERCIALIZACION SE SUGIERE CONFIRMAR DOCUMENTOS E HISTORIAL COMPLETO ANTE ENTIDADES DE CONTROL CORRESPONDIENTES.

DESCRIPCION	MARCA	REFERENCIA	CANTIDAD	VALOR
PELICULA DE SEGURIDAD	OPCIONAL		1	\$ 150.000



JAVIER DARIO RODRIGUEZ S.
Abogado

3. Constancia expedida por CNT S.A. respecto de la imposibilidad de expedir el certificado técnico mecánico de la camioneta materia de este proceso.



Bucaramanga., 22 de septiembre de 2021

CONSTANCIA

Por Medio de la presente damos constancia que el vehículo de placas UBN877 se presentó el día 22 de septiembre de 2021 a las instalaciones de CERTIFICADO NACIONAL TECNOMECANICO SA ubicadas en la Vía a Girón Km 2.00, a solicitar el servicio de revisión técnico mecánica y emisiones contaminantes. Durante el proceso de verificación de alistamiento para ser trasladado el vehículo a la pista, se observa que se presenta un bloqueo en sus ruedas, imposibilitando continuar con el servicio. Por lo anterior hacemos constar que el servicio de revisión técnico mecánica y de emisiones contaminantes no puede continuarse por incumplirse lo estipulado en la NTC 5375:2012.

La anterior se firma a los 22 días del mes de septiembre de 2021, a solicitud del propietario del vehículo.

Cordialmente,


Pedro Luis Correa Figueroa
Director Técnico
CNT SA

Certificado Nacional Tecnomecánico S.A.
Bucaramanga – Vía a Girón Km 2
PBX: (7) 6370212 Telefax: (7) 6370212 Ext. 108
Email: calidadsgc@cntcolombia.com
www.cntcolombia.com

Señores:

DR. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

E-mail: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REF: Proceso Ejecutivo

Demandante: BANCO BBVA S.A.

Demandando: FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55 cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Radicado: 2019-00794

Asunto: Sustentación recurso de apelación contra sentencia de primera instancia.

LAURA YAZMIN LOPEZ GARCIA, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en calidad de Representante Legal con Facultades Judiciales y Administrativas de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera y administradora del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55**, identificado con **NIT 805.012.921-0**, tal y como consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por medio del presente escrito y estando dentro del término legalmente conferido; procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto y concedido en audiencia celebrada el 23 de agosto de 2021, en los siguientes términos:

I. OBJETO DEL RECURSO

El recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en la audiencia de fecha 23 de Agosto de 2021 tiene por objeto lo siguiente:

Que se REVOQUE la sentencia proferida en la audiencia de fecha 23 de Agosto de 2021, donde el Juzgado Sexto Civil Circuito de Bogotá D.C., resolvió lo siguiente:

“RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada en este proceso.

SEGUNDO: ORDENAR seguir adelante la ejecución conforme se ordenó en el mandamiento de pago librado en este proceso el 18 de febrero de 2020.

TERCERO: Ordenar la liquidación del crédito teniendo en cuenta las tasas máximas legales permitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

CUARTO: Ordenar el secuestro, avalúo y remate del bien embargado objeto de hipoteca, para el pago del crédito y las costas hasta sus concurrencias.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en favor de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$10.000.000. Por secretaría se liquidarán oportunamente.”

3.2.2. La naturaleza de la propiedad fiduciaria evidencia, sin duda, que el profesional que asume esa función adquiere la calidad de titular y propietario formal de los bienes transferidos, pero adquiere un dominio limitado, pues no tiene la libertad de disponer a su arbitrio de los mismos; y su ejercicio está condicionado al cumplimiento del encargo (art. 793 y ss). "

Por lo tanto, es imperioso que el despacho antes de seguir con el correspondiente trámite deberá citar al patrimonio autónomo sobre el cual recaiga las consecuencias jurídicas de una sentencia adversa, esto es el FIDEICOMISO AREA 51, el cual al día de hoy es el que detenta el 100% de los derechos fiduciarios del patrimonio autónomo que detenta la administración del bien objeto de la garantía hipotecaria suscrita por la señora ANDREA MARROQUIN RUBIANO. Dicha citación del FIDEICOMISO ÁREA 51 y su comparecencia efectiva, repercute trascendentalmente en la garantía de derechos de orden fundamental al debido proceso y derecho de contradicción y defensa de dicho patrimonio autónomo, pues no puede perderse de vista precisamente el carácter *sui generis* de dichos sujetos, que si bien es cierto, pueden comparecer al proceso a través de su vocera en virtud del artículo 53 y 54 del Código General del Proceso, fue justamente ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55, la que advirtió desde las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda, que debía solicitarse la comparecencia antes enunciada, para que dicho sujeto viera garantizados sus derechos fundamentales. Lo anterior, en el entendido que EL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55 no puede ser sometido a asumir cargas que son de resorte del Fideicomitente, quien es el obligado al pago de la obligación al ser el deudor de la misma, sin perjuicio de lo ya advertido en cuanto a la comparecencia del citado fideicomiso como titular del derecho real de dominio del inmueble objeto de la ejecución.

Así las cosas Honorable Magistrado, con la sentencia aquí apelada, sentencia desfavorable al FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55, que ordena seguir adelante con la ejecución, se está afectando los derechos de Terceros anteriormente relacionados máxime cuando estos no han sido llamados al presente proceso para que ejerzan sus derechos de fundamentales del debido proceso consagrados en la Constitución Política de Colombia.

Al respecto, honorable Magistrado, solicito tener en cuenta lo estipulado en sentencia SU787/12 de la Honorable Corte Constitucional donde manifestó:

"4. El debido proceso y los terceros con interés legítimo:

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". En repetidas ocasiones la Corte ha destacado el carácter fundamental de este derecho, señalando que el mismo está integrado por " (...) el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia".

En la Sentencia T-715 de 2009 la Corte expresó que una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o

actuación judicial o administrativa, **“de ser oída de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”** (Subrayado y en negrilla fuera del texto)

Ha señalado la Corte que, **dada la naturaleza del proceso y el papel que cumple en la sociedad como instrumento para garantizar la pacífica convivencia, se hace indispensable que el mismo se tramite conforme a unas reglas mínimas que permitan a las personas, en igualdad de condiciones y de oportunidades, concurrir y actuar en el debate judicial.** Esas reglas mínimas, ha dicho la Corte, obedecen a unos principios generales, que constituyen lo que la doctrina universal conoce como debido proceso y tienen entre sus objetivos el de evitar la arbitrariedad en las decisiones del Estado. (Subrayado y en negrilla fuera del texto)

La jurisprudencia constitucional ha puntualizado que entre tales principios, resultan esenciales en un Estado democrático los de publicidad y de contradicción, en la medida en que, el primero, impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales, cual sucede con el Ministerio Público, la Fiscalía o la Defensoría de Familia. Tal publicidad, ha dicho la Corte, “(...) resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se proferiera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente anoticiado de la existencia de la demanda promovida en su contra.” Del mismo modo, prosigue la Corte, la publicidad de las actuaciones que se surtan en el proceso es presupuesto necesario para que pueda existir la contradicción a lo largo del mismo por parte de quienes se encuentran legitimados para el efecto. Solo de esta manera puede tener cabal realización la garantía democrática de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Esa garantía no es meramente formal, puesto que la oportunidad para ejercer la defensa se orienta, precisamente, a permitirle a la persona hacer valer en el proceso su posición jurídica y, con ello, a obtener, eventualmente, una decisión que, en el fondo del asunto, le resulte favorable.

En materia de tutela la jurisprudencia ha desarrollado este principio, puntualizando la necesidad de integrar el contradictorio, vinculando al proceso a todos los sujetos que puedan tener carácter de parte, particularmente a quienes puedan ser considerados autores de la violación o, de cualquier forma destinatarios de las órdenes de protección, así como a los terceros que, sin ser parte en la relación sustancial, puedan resultar afectados por las decisiones que deba adoptar el juez constitucional. A ello se añaden los desarrollos jurisprudenciales sobre la debida notificación. Así, ha dicho la Corte que los distintos códigos de procedimiento regulan, en forma estricta, lo atinente a las notificaciones, institución sin la cual no podría garantizarse el oportuno y adecuado ejercicio del derecho de defensa.

De todo lo anterior se desprende el hecho de que no es posible hacer valer una sentencia contra una persona que no ha sido parte en el correspondiente proceso y que, cuando se presente la eventualidad de que una persona se vea afectada en su posición jurídica por una decisión judicial sin haber sido citada al correspondiente proceso, cabría, según las circunstancias del caso, o disponer la nulidad de lo actuado o la inoponibilidad de la decisión a quien no fue convocado al proceso dentro del cual la misma fue adoptada.

De manera general la Corte ha señalado que “(...) las decisiones judiciales sólo se ejecutan contra quienes, de conformidad con las mismas, están obligados a acatarlas (...) **En particular, tratándose de la tenencia o la posesión de inmuebles, la Corporación ha puntualizado que “(...) toda diligencia de entrega se debe iniciar con la determinación del bien objeto de la medida, y que quienes se encuentren en el inmueble tienen derecho a ser oídos, y a que su oposición sea tramitada y**

2. EL BIEN OBJETO DE LA GARANTIA ES OBJETO DE UN PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO POR LO TANTO IMPOSIBILITA CONTINUAR LA EJECUCIÓN DEL PROCESO.

El despacho puede observar que en el folio de matrícula inmobiliaria del bien objeto de la garantía hipotecaria aparecen las anotaciones 41 y 42 del 20 de noviembre de 2019, en donde se indica:

<p>ANOTACION: Nro 41 Fecha: 20-11-2019 Radicación: 2019-94234 Doc: OFICIO 5400101431 del 2019-11-20 00:00:00 FISCALIA GENERAL DE LA NACION de BOGOTA D. C. VALOR ACTO: \$ ESPECIFICACION: 0436 EMBARGO EN PROCESO DE FISCALIA MEDIDA CAUTELAR RAD. NO. 2019-00197 F-53 (EMBARGO EN PROCESO DE FISCALIA) PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,-Titular de dominio incompleto) DE: FISCAL 53 ESPECIALIZADO E.D.</p>
<p>ANOTACION: Nro 42 Fecha: 20-11-2019 Radicación: 2019-94234 Doc: OFICIO 5400101431 del 2019-11-20 00:00:00 FISCALIA GENERAL DE LA NACION de BOGOTA D. C. VALOR ACTO: \$ ESPECIFICACION: 04005 SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO MEDIDA CAUTELAR RAD. NO. 2019-00197 F-53 (MEDIDA CAUTELAR) PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,-Titular de dominio incompleto) DE: FISCAL 53 ESPECIALIZADO E.D.</p>

De lo anterior, es claro que existen medidas cautelares mediante las cuales se suspende el poder dispositivo del bien, inclusive se registró un embargo, ordenado por el Fiscal 53 Especializado de Extinción de Derecho de Dominio, por lo que, se debe tener en cuenta por parte del despacho, aunque se adelante la ejecución tendiente a obtener el pago o adjudicación del bien, existen medidas previamente registradas que claramente desplazan las obligaciones ejecutadas en el presente proceso.

La Constitución Política establece en su artículo 34 la posibilidad de que, mediante sentencia judicial, se declare extinguido el dominio “sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”.

Esta norma, constituye el pilar constitucional de la acción de extinción de dominio, la cual fue regulada por el legislador inicialmente mediante la Ley 333 de 1996, luego con el Decreto Legislativo 1975 de 2002[22], posteriormente con la Ley 793 de 2002 y, por último, a través de la Ley 1708 de 2014, “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”.

De acuerdo con el artículo 15 de ese último estatuto, el proceso de extinción de dominio es “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”

Se trata, según lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, de una acción real de contenido patrimonial, que tiene por objeto la determinación de si hay lugar o no a declarar la extinción de los

6. A este trámite no se puede acudir cuando no se conozca el domicilio del propietario o su paradero, ni cuando el bien se encuentre embargado, o existan acreedores con garantía real de mejor derecho.

En los anteriores términos se sustenta el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia virtual del 23 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado 06 Civil del Circuito de Bogotá.

V. PETICIÓN

Con fundamento en lo anterior, de manera respetuosa solicito sea revocada la sentencia virtual del 23 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado 06 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual se ordenó seguir adelante la ejecución, conforme los argumentos expuestos en la presente sustentación.

VI. NOTIFICACIONES

La suscrita y mi representada recibimos notificaciones al correo electrónico notijudicial@accion.com.co.

De Usted Señor(a) Magistrado,

Atentamente,



LAURA YAZMIN LÓPEZ GARCÍA

C.C. No. 1.014.232.349 de Bogotá

T.P. No. 258.961 del C. S. de la J.

Representante Legal con Facultades Judiciales y Administrativas

ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Como Vocera y Administradora del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE CALLE 55

Nit. 805.012.921-0

Señores:

H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

M.P. Doctora Aida Victoria Lozano Rico

E.S.D.

REF: 1100131030-**12-2019-00491-01**

Clase de Proceso: VERBAL- SIMULACIÓN

De: **SOCIEDAD TECHOS INMOBILIARIA & REAL ESTATE S.A.S.**

Contra: **LEONOR MEDINA BERNATE y OTRO.**

Asunto: **Sustentación Recurso de Apelación**

JOSÉ UBER RIVERA VARGAS, actuando en calidad de apoderado judicial de la sociedad **TECHOS INMOBILIARIA & REAL ESTATE S.A.S.**, y estando dentro del término legal, me permito sustentar el recurso ordinario de apelación contra la sentencia datada el **29** de octubre de **2021**, según los reparos que se formularon ante el señor juez a quo a fin de explicar tales razones de inconformidad y para tal efecto inicio, así:

El señor Juez de primera instancia deniega las pretensiones de la demanda, una vez hace un resumen parcial del proceso; lo mismo que exponiendo su concepto doctrinal sobre la acción de simulación; llegando a la conclusión que el actor cumple con dos requisitos para que se dé la simulación, a saber:

*¹ "...**(i)** condición de acreedor de quien la promueva, **(ii)** que, con anterioridad al acto tachado de ineficacia, haya nacido y exista un crédito a favor del actor y, **(iii)** que el acto que se pretende revocar produjo o gravó la insolvencia del deudor, por fraude de actos concebidos y ejecutados precisamente en atención al crédito. "...*

*"... en el sub-lite se presentan los dos primeros eventos, pues como se advirtió en precedencia se encuentra acreditada la calidad de **acreedor** de la demandante y, el acto respecto del cual se solicita la revocatoria (Escritura Pública No. 00823 del 27 de febrero de 2019) tuvo lugar con **posterioridad** al nacimiento de la obligación a cargo de la demandada **LEONOR MEDINA BERNATE** y a favor de **TECHOS INMOBILIARIA & REAL STATE EN C**, sentencia del*

¹ Pagina 9, párrafo 1 y dos de la sentencia de primera instancia.

27 de noviembre de 2017 al interior del proceso VERBAL No. 2015-1288 que cursó en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá.”

Pero concluyendo, de manera errada, el a quo que:

2 “Empero, no se acreditó la tercera circunstancia, es decir no se probó conductas fraudulentas por parte del extremo demandado, tendientes a dejar desprotegida la obligación antes mencionada con la perfección del negocio jurídico contenido en la Escritura Publica No. 00823 objeto de las pretensiones.”

Y, por ende, niega las pretensiones de la demanda. En consecuencia, procedo a ampliar los motivos de reparo contra la decisión de instancia, en los siguientes términos:

Primera. - Indebida apreciación de la demanda incoativa del proceso, al omitir el estudio y valoración de la diversa causa petendi.

El juez de instancia no le dio el alcance al estudio juicioso a la demanda presentada, pues el origen de esta viene de la resolución de un contrato de permuta, donde el inmueble discutido en este proceso, hacia parte del contrato de permuta, que se discutió y se resolvió en el juzgado 31 civil del circuito de Bogotá, Radicado No. 2015-1288, y que a continuación de este, se inició un proceso ejecutivo solicitando mandamiento de pago.

Que la hoy demandada Leonor Medina Bernate, se hizo parte en el proceso ejecutivo, contestando y proponiendo excepciones, que quien actuó como apoderada judicial es su hija Sandra Patricia Sierra Medina, madre y tía de los accionistas de la empresa familiar Constructora Inmobiliaria Sierra, que compraron el inmueble trabado en esta litis.

Acto seguido, señora Magistrada, desde la presentación de la demanda, se advirtió al a quo del testimonio rendido por la señora Elena Trujillo de Baez, que era contrario

² Tercer párrafo de la pagina 9 de la sentencia de primera instancia.

a los documentos – vr. gr. certificado de tradición del inmueble objeto de este proceso-, que, al examinar las anotaciones de este documento, se podía apreciar que cuando ella asistió al Juzgado 31 Civil del Circuito como testigo de un gravamen hipotecario, este ya se encontraba cancelado, contrario a lo manifestado por dicha señora en la audiencia, donde manifestó que se encontraba vigente dicho gravamen.

Segunda: - Violación al artículo **164** del C.G.P., que entroniza la necesidad de la prueba.

El señor juez de primera instancia tomó las pruebas arrimadas al proceso parcialmente, y no les hizo un examen valorativo en conjunto. Como lo fue, por un lado, el certificado de tradición del inmueble objeto de esta litis, donde se aprecia que, el mismo día de la venta del inmueble, se canceló el gravamen hipotecario, así como la afectación a vivienda familiar; de otro lado, el hecho sospechoso (indicio) que la vendedora es la abuela de los compradores y que la representante legal de la Constructora Inmobiliaria Sierra, es hija y, además, fue la apoderada judicial de la vendedora en el proceso que cursó en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, documentos que hacen parte de este proceso, de donde se puede inferir que los compradores – nietos-, conocían del estado jurídico del inmueble, pues la abogada – apoderada judicial-, era tanto hija de la vendedora como madre y tía de los *aparentes* compradores. **Todos** sabían de la situación jurídica del inmueble y se unieron (cohonestaron) para burlar la sentencia del juzgado 31 civil del circuito.

Tercera:- Violación al artículo **176** ibidem, ya que el a quo pretermitió considerar los siguientes medios de prueba:

- Si el señor Juez de primera instancia, hubiese recurrido a la sana crítica consagrada en el artículo 176 del C.G del P., observaría que de una serie de pruebas documentales, lo mismo que del testimonio rendido por la señora Elena Trujillo de Baez, ante el juzgado 31 civil del circuito en audiencia realizada el 27 de noviembre de 2017, serias contradicciones, como haber manifestado que el gravamen hipotecario entre ella y la señora Leonor Medina Bernate se encontraba vigente; cuando esa manifestación era por lo menos falaz, toda vez que la hipoteca ya había

sido cancelada; como se puede apreciar en el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50N-266333 en la anotación No. 016, donde se aprecia la constitución de hipoteca abierta de Leonor Medina Bernate a la señora Helena Trujillo Báez, por un valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000); este gravamen hipotecario, fue cancelado el día 02 de agosto de 2017, mediante escritura pública No. 3835 corrida en la Notaria Novena de Bogotá; notaría que, al día siguiente, expide el **certificado No. 778 del 3 de agosto de 2017**, con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Norte. Sin embargo, este certificado se llevó a la oficina de registro hasta el día **04 de marzo de 2019**, fecha señora Magistrada en que la señora Medina Bernate vende el inmueble a la sociedad Constructora Inmobiliaria Sierra. Esto es lo tuvo engavetado por más de un año.

Si el a quo hubiese estudiado estas pruebas que reposan en el plenario, junto con el interrogatorio practicado a la señora Leonor Medina Bernate, lo mismo que el testimonio de la señora Elena Trujillo de Beaz, seguramente habría llegado a la conclusión que sus dichos (de las mencionadas) reñían con las pruebas aportadas al proceso, cuando es claro que desde el **02 de agosto de 2017** la hipoteca se encontraba cancelada. Los dichos, tanto de la señora Medina Bernate como la testigo en este proceso, era para darle un piso de legalidad a la venta ficticia del inmueble objeto de este proceso, en detrimento de los intereses de mi prohijada.

Pues no es creíble, señora Magistrada, que una persona prestamista o que realiza u otorga un crédito gravado con prenda o hipoteca, cancele la misma sin que se le hubiere pagado su obligación, esto es equivalente a quedarse sin la garantía del crédito, pues la figura hipotecaria, precisamente, es para eso, para garantizar el pago de una obligación; no tiene cabida lo manifestado por la testigo, por lo que a luces se nota que el objetivo era inducir en error al señor juez de primera instancia sobre la aparente legalidad de un acto, a todas luces, ilegal.

a. Violación del artículo **246** del C.G.P., al no darle el valor que se les asignan a las copias y por tanto se violó el artículo **257** ibidem, al menospreciar el contenido de los siguientes documentos públicos:

- Como se aprecia en el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50N-266333 en las anotaciones 22, 23 y 24 en un solo acto se registra el 04 de marzo de 2019:

- ✓ El certificado 1081 del 29 de abril de 2016 en el que se cancela la afectación a vivienda familiar;
- ✓ La cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble que nos ocupa, a que refiere el certificado 778 del 03 de agosto de 2017;
- ✓ y la ficticia venta de dicho inmueble de **Leonor Medina Bernate** a **Constructora Inmobiliaria Sierra S.A.S.**; que como se sustentó ante la primera instancia la vendedora y compradora son la misma persona con el único propósito de burlar la sentencia del juzgado 31 civil del circuito de Bogotá.

Cuarta: - Dio un sentido diferente a la jurisprudencia precedente que aplicó para sustentar su decisión; lo mismo que no tuvo en cuenta, ni estudió los alegatos de conclusión para dictar su sentencia.

El señor juez a quo, menguó el alcance de la jurisprudencia que tomó como sustento para negar las pretensiones del actor, al decir: *“Empero, no se acreditó la tercera circunstancia, es decir no se probó conductas fraudulentas por parte del extremo demandado, tendientes a dejar desprotegida la obligación antes mencionada con la perfección del negocio jurídico contenido en la Escritura Pública No. 00823 objeto de las pretensiones.”*; cuando las pruebas documentales, el testimonio rendido por la señora Elena Trujillo de Baez, ante el juzgado 31 civil del circuito, no corresponden con la verdad; como tampoco tuvo en cuenta los alegatos de conclusión, que de haberlo hecho, su pronunciamiento, seguramente, habría sido diferente.

Quinta: - En apartes de la sentencia recurrida, se hace alusión a los testimonios de la parte pasiva, sin considerar las pruebas documentales.

El señor Juez 12 civil del circuito, toma los testimonios de los socios de la Constructora Inmobiliaria Sierra, de manera aislada y no en conjunto, y les da plena credibilidad, sin ni siquiera detenerse a examinar los documentos aportados al

proceso, cuando es evidente que el día que registraron la escritura de venta, ese mismo día registraron la cancelación de hipoteca, y la cancelación de afectación a vivienda familiar. Como el señor juez de circuito no se dio cuenta que los compradores eran hija y nietos de la señora Leonor medina Bernate; que su hija Sandra Patricia Sierra Medina, fue su apoderada judicial en el juzgado 31 civil del circuito, a su vez era representante legal de la Constructora Inmobiliaria Sierra.

Los socios de la Constructora Inmobiliaria Sierra, que compraron la casa objeto de este proceso, manifiestan, que le compraron la casa a su abuela – Leonor Medina Bernate, para que ésta pudiese pagar la hipoteca que tenía con la señora Elena Trujillo de Baez; hipoteca que desde el mes de **agosto del año 2017** se había cancelado.

Y el juzgado resume lo manifestado por la señora Elena Trujillo de Baez; *“ Manifestó que inicialmente le hizo la hipoteca a la señora Leonor Medina Bernate por 20 millones, que era hipoteca abierta, a la fecha que le cancelo la hipoteca le pago 390 millones que era lo que le debía, pagándole el saldo de intereses a finales de agosto de 2017.”*

Nótese cómo el juzgado resume lo dicho por la testigo que en agosto 2017 se pagó la hipoteca, la pregunta es si se pagó en agosto, porque no se llevó a registro para ser cancelada, y solo se llevó el mismo día que Leonor Medina Bernate le vende a su hija y nietos, para de esta forma defraudar al acreedor, y el señor juez de instancia no lo nota.

Y termina el a quo manifestando: *“ Dichos medios de prueba son coincidentes en afirmar que la venta realizada mediante el instrumento público objeto de pretensiones, se llevo a cabo con el fin de que la demandada Leonor Medina Bernate pudiese cancelar la obligación hipotecaria que tenia con la señora Elena Trujillo, manifestando los declarante la forma y fechas en que se hizo el pago del precio.”*

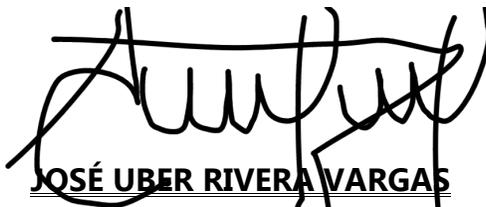
Es entendible esta deducción, cuando está probado que el gravamen hipotecario se canceló en agosto de 2017 – más exactamente el 02- y la venta ficticia fue el día 04 de marzo de 2019; para que la vendía si hacía años, la obligación se había cancelado; y como ya lo he manifestado, no hay razón para cancelar un gravamen hipotecario,

si está vigente una obligación, y más sabiendo la hipotecante que sobre ese inmueble había un proceso en curso.

PETIICÓN

Conforme a lo probado y lo expuesto en esta sustentación del recurso de apelación, respetuosamente ruego al H. Sala de decisión presidida por la doctora Aída Victoria Lozano Rico, revocar en su totalidad la sentencia proferida por el señor Juez 12 civil del circuito de Bogotá, datada el 29 de octubre de 2021, y en su lugar declarar probadas las pretensiones esgrimidas por esta parte, o las que considere la H. Sala debidamente probada reconocerla de oficio.

Atentamente,



JOSÉ UBER RIVERA VARGAS
C.C. No. 79'480.169 de Bogotá
T.P. No. 69416 del C. S de la J.